

UNIVERSIDADE FEDERAL DO PARANÁ

MAURO SÉRGIO ROCHA

**APLICAÇÃO DIRETA DOS PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS:
RACIONALIDADE E CONTROLE DAS DECISÕES JUDICIAIS NAS HIPÓTESES
DE AUSÊNCIA OU DEFICITÁRIA MEDIAÇÃO LEGISLATIVA**

CURITIBA

2013

MAURO SÉRGIO ROCHA

**APLICAÇÃO DIRETA DOS PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS:
RACIONALIDADE E CONTROLE DAS DECISÕES JUDICIAIS NAS HIPÓTESES
DE AUSÊNCIA OU DEFICITÁRIA MEDIAÇÃO LEGISLATIVA**

Tese apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal do Paraná - UFPR, Setor de Ciências Jurídicas, como requisito parcial à obtenção do título de Doutor, Área de Concentração: Direito das Relações Sociais, Linha de Pesquisa: Direito, Tutela e Efetividade.

Orientador: Prof. Dr. Luiz Guilherme Marinoni

CURITIBA

2013

MAURO SÉRGIO ROCHA

APLICAÇÃO DIRETA DOS PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS:
RACIONALIDADE E CONTROLE DAS DECISÕES JUDICIAIS NAS HIPÓTESES
DE AUSÊNCIA OU DEFICITÁRIA MEDIAÇÃO LEGISLATIVA

Tese aprovada como requisito parcial à obtenção do título de Doutor em Direito, Programa de Pós-Graduação da Universidade Federal do Paraná, Setor de Ciências Jurídicas, pela seguinte banca examinadora:

Orientador: Prof. Dr. Luiz Guilherme Marinoni
Universidade Federal do Paraná - UFPR

Prof. Dr. Clèmerson Merlin Clève
Universidade Federal do Paraná - UFPR

Prof. Dr. Daniel Mitidiero
Universidade Federal do Rio Grande do Sul - UFRS

Prof. Dr. Sérgio Cruz Arenhart
Universidade Federal do Paraná - UFPR

Prof. Dr. Guilherme Freire de Barros Teixeira
Fundação Escola do Ministério Público – FEMPAR

Curitiba, de de 2013.

RESUMO

Fruto da supremacia constitucional, a normatividade conferida aos princípios constitucionais explícitos e implícitos exterioriza uma das importantes nuances do direito contemporâneo, de modo que é possível invocá-los em abono a determinada pretensão de direito material até mesmo nas hipóteses de ausência ou deficitária mediação legislativa. Os princípios constitucionais estreitam a relação entre direito e moral, sendo certo que a positivação desses preceitos em estatuto de maior envergadura não os imuniza das opções valorativas no momento da concretização judicial. Com base apenas no texto constitucional, o juiz cria e aplica a norma jurídica, sobreposição que aumenta o subjetivismo dessa atividade, dando ensejo, inclusive, à denominada dificuldade contramajoritária do Judiciário. Daí a importância das justificações utilizadas nas instâncias ordinárias e, por consectário, a relevância do controle dessas justificações pelo Supremo Tribunal Federal, órgão responsável pela unidade e uniformização do direito constitucional. A incidência direta dos princípios constitucionais revitaliza o controle concreto e difuso da constitucionalidade e, com ele, a correlata dispersão da interpretação constitucional, dispersão muitas vezes revelada pelo desproporcional sacrifício dos princípios constitucionais colidentes e (ou) pelas leituras igualmente legítimas do princípio constitucional em disputa. Diferentemente do controle de constitucionalidade da lei, na espécie, o juiz nem ao menos pode se valer da prévia ponderação legislativa, falta que contribui significativamente para esses desencontros. Então, como mecanismos aptos à mitigação desses dissensos, com adaptações, são considerados o recurso extraordinário e a arguição de descumprimento de preceito fundamental. Trata-se, é possível dizer, de investida direcionada ao controle das decisões judiciais que aplicam diretamente princípios constitucionais, controle, por óbvio, que não dispensa a formulação de metodologia mínima na densificação desses comandos. Enfim, na medida em que o juiz também pode incorrer em inconstitucionalidade, coloca-se em discussão a racionalidade na aplicação dos princípios constitucionais, racionalidade pretendida com o prestigiamento das justificações e estruturas institucionais voltadas à universalização dos critérios decisórios, leitura, por sua vez, que sugere previsibilidade e estabilidade no trato desses preceitos.

Palavras-chave: Princípios constitucionais. Normatividade. Aplicação direta pelo juiz. Racionalidade e controle das decisões judiciais. Previsibilidade e estabilidade do direito.

RIASSUNTO

Frutto dalla supremazia costituzionale, la normatività conferita ai principi costituzionali espliciti ed impliciti esteriorizza una delle importanti sfumature del diritto contemporaneo, in modo che è possibile invocarli in abbono alla determinata pretesa di diritto materiale addirittura nelle ipotesi di assenza o deficitaria mediazione legislativa. I principi costituzionali stringono il rapporto tra diritto e morale, dato che la positivazione di questi precetti come statuto di maggiore rilevanza non li rende immuni alle scelte valutative al momento della concretizzazione giudiziale. Basato solo sul testo costituzionale, il giudice crea e applica la norma giuridica, sovrapposizione che aumenta il soggettivismo di questa attività, dando luogo anche alla cosiddetta difficoltà contro maggioritaria del giudiziario. Da qui l'importanza delle giustificazioni utilizzate in stanze ordinarie, e di conseguenza, la rilevanza del controllo di queste giustificazioni da parte della Corte Suprema, che è responsabile per la standardizzazione del diritto costituzionale. L'impatto diretto dei principi costituzionali rivitalizza il controllo concreto e diffuso della costituzionalità e, con esso, la relativa dispersione dell'interpretazione costituzionale, dispersione spesso rivelata dallo sproporzionato sacrificio dei principi costituzionali in conflitto o alle letture altrettanto legittime del principio costituzionale in gioco. A differenza del controllo di costituzionalità della legge, in specie, il giudice non può nemmeno contare sulla previa considerazione legislativa, mancanza che contribuisce in modo significativo a questi disaccordi. Poi, come i meccanismi che mitigano tali dissensi, con adattamenti, sono considerati il ricorso straordinario e la denuncia di violazione del precetto fondamentale. Si tratta, è possibile dire, di incursione diretta al controllo delle decisioni giudiziali che applicano direttamente dei principi costituzionali, controllo, ovviamente, che non dispensa la formulazione di metodologia minima nella densificazione di questi comandi. Infine, nella misura in cui il giudice può anche incorrere nella incostituzionalità, si mette in discussione la razionalità nell'applicazione dei principi costituzionali, razionalità pretesa con l'apprezzamento delle giustificazioni e le strutture istituzionali destinate alla universalizzazione dei criteri decisorii, lettura, a sua volta, che suggerisce prevedibilità e stabilità nel trattare questi precetti.

Parole chiave: Principi costituzionali. Normatività. Applicazione diretta dal giudice. Razionalità e controllo delle decisioni giudiziali. Prevedibilità e stabilità del diritto.

SUMÁRIO

1	INTRODUÇÃO	7
1.1	HIPÓTESE DE TESE	12
1.2	DELIMITAÇÕES NECESSÁRIAS	12
1.3	PREMISSAS METODOLÓGICAS	14
1.4	TESES ESBOÇADAS	15
1.5	CONTORNOS DA TESE	16
1.6	DESENVOLVIMENTO DO TRABALHO	17
2	NEOCONSTITUCIONALISMO(S): ÊNFASE DIFERENCIADA AOS PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS	18
2.1	PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS: PRÉVIOS APONTAMENTOS	34
2.1.1	Múltiplas classificações	39
2.1.2	Uma reaproximação entre direito e moral	46
2.1.3	Ensaio sobre a normatividade	58
2.1.4	Aplicação independentemente de mediação legislativa	64
2.2	PRINCÍPIOS E REGRAS CONSTITUCIONAIS: DIFERENTE PLASTICIDADE	71
2.3	PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS E VALORES	82
2.3.1.	Desacordos morais reproduzidos judicialmente	85
2.4	INTENSIFICAÇÃO DA TAREFA INTERPRETATIVA	89
2.4.1	Inexistência de uma única resposta correta	91
3	A JUSTIFICAÇÃO DAS DECISÕES JUDICIAIS E O CONTROLE EFETIVO NA APLICAÇÃO DIRETA DE PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS	97
3.1	PARÂMETROS MÍNIMOS EXIGIDOS NA DENSIFICAÇÃO DOS PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS	103
3.1.1	Critérios relativos à admissão de determinada situação fática no âmbito de proteção dos princípios constitucionais: o texto da norma e os dados da realidade como limites	104
3.1.2	Critérios para afastar eventuais hipóteses de colisão intra e entreprincípios constitucionais: ponderação e proporcionalidade em sentido estrito	110
3.1.3	Processo cooperativo: influência e dever de debate	116
3.1.4	Pretensão de universalização (excepcionável): ideia regulativa	119

3.2	ESPÉCIES DE CONTROLE: INTENSIFICAÇÃO DO CONTROLE INTERNO.....	122
3.2.1	A natureza jurídica do controle dessas decisões.....	125
3.2.2	Interpretação conforme e declaração de nulidade parcial de inconstitucionalidade sem redução do texto	130
3.2.3	Ainda sobre do controle concreto e difuso de constitucionalidade	134
3.3	A RESPOSTA DEFINITIVA E A MELHOR RESPOSTA: NOÇÕES INTRODUTÓRIAS	136
3.3.1	O Supremo Tribunal Federal e a resposta definitiva.....	139
3.3.2	O recurso extraordinário como instrumento da resposta definitiva	141
3.3.3	Arguição de descumprimento de preceito fundamental como instrumento da resposta definitiva	146
3.3.4	Repercussão geral: uma filtragem positiva	153
3.3.5	A <i>nomofilachia</i> das Cortes Superiores.....	158
3.3.6	O Supremo Tribunal Federal e a obtenção da melhor resposta	160
4	DECISÕES JUDICIAIS, SEGURANÇA JURÍDICA E O TEMPO DO PROCESSO.....	169
4.1	A PREVISIBILIDADE E A ESTABILIDADE NA APLICAÇÃO DOS PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS	174
4.1.1	O atual CPC e o sistema de precedentes.....	177
4.1.2	O anteprojeto do novo CPC e o sistema de precedentes	180
4.2	O SISTEMA DE PRECEDENTES.....	184
4.2.1	Coisa julgada material e <i>stare decisis</i>	188
4.2.2	Precedentes obrigatórios: a conciliação possível entre o caráter argumentativo e a previsibilidade do direito.....	191
4.3	O SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL E A SUA RELAÇÃO COM OS PRÓPRIOS PRECEDENTES	202
4.3.1	Há preservação da liberdade do intérprete em situações distintas?.....	205
4.4	O CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE DAS DECISÕES JUDICIAIS E O TEMPO DO PROCESSO	208
4.4.1	Demanda paradigma: da tutela cautelar e da antecipação dos efeitos da tutela.....	209
5	CONCLUSÕES.....	215
	REFERÊNCIAS.....	222

1 INTRODUÇÃO

A normatividade atribuída aos princípios constitucionais exterioriza uma das importantes nuances do direito contemporâneo¹, razão pela qual são eles fartamente utilizados na solução de casos concretos.² Em outras palavras, embora seja comum visualizá-los como parâmetro de controle da constitucionalidade de leis ou atos normativos ou quiçá como fundamento à adequada interpretação das regras jurídicas, hoje, independentemente de mediação legislativa ou mesmo quando deficitária a densificação infraconstitucional³, ainda é possível invocá-los, princípios constitucionais explícitos ou implícitos, em atenção à determinada pretensão de direito material, perspectiva que naturalmente intensifica a subjetividade do intérprete/aplicador.⁴

-
- ¹ O termo foi empregado para marcar o estágio jurídico atual ou mais precisamente para identificar o juspositivismo posterior a Herbert Hart. No particular, as explicações de Carla Faralli (2006, p.1): "O adjetivo 'contemporâneo' gera no mínimo incerteza: quando na linguagem comum falamos em idade contemporânea, referimo-nos à época em que vivemos, assumindo assim uma delimitação não definitiva, mas maleável. Na história, o início da idade contemporânea é fixado em datas geralmente precisas que, porém, variam nos diversos países e culturas. Por esse motivo, faz-se necessário indicar o momento de início da filosofia do direito contemporânea. Assumiremos como termo *a quo* o final dos anos 1960 do século XX, ou seja, a crise do modelo juspositivista na versão hartiana, em outras palavras, a época posterior a Hart."
- ² As normas jurídicas recortam certos dados da realidade e os protege mediante a produção de efeitos, efeitos esses revelados por meio das sucessivas fases de concretização, legais ou judiciais (CANOTILHO, 2002, p.1246-1247). Tal fenômeno é também passível de visualização sob o ângulo das consequências jurídicas ou dos direitos e deveres constituídos pelas normas (ENGISCH, 2008, p.35), temas que serão oportunamente retomados (itens 2.1.4 e 2.2).
- ³ Ensina Riccardo Guastini (2009, p.55): "*En la concepción liberal clásica la función de la Constitución es limitar el poder político (estatal). [...] Los jueces no deben aplicar más que la ley: la Constitución no es apta para producir efectos en la vida social sino después de haber sido <concretizada> por leyes. Por el contrario, en el constitucionalismo de nuestros días se tiende a pensar que la función de la Constitución es moldear las relaciones sociales. Por consecuencia, también se tiende a pensar que las normas constitucionales – sobre todo los principios generales y las normas programáticas – pueden producir efectos directos y ser aplicadas por cualquier juez en ocasión de cualquier controversia.*"
- ⁴ É recomendável que a densificação dos princípios constitucionais seja inicialmente realizada pelo legislador, mas isso não significa que a concretização legislativa seja indispensável ou, pior, que a falta ou a insuficiência da lei possa inviabilizar um direito assegurado ou que se imagine assegurado pela Constituição. Sendo assim, muito embora exista uma preocupação com os limites da atividade judicial, tema central da tese apresentada, não parece que assista razão a Elival da Silva Ramos (2010a, p.185-186) quando destaca: "É nesse ponto (subordinação dos princípios constitucionais à iniciativa do legislador) que se deve explicitar a existência de importante limitação à atuação concretizadora da Constituição pelo Poder Judiciário: as normas de desdobramento ou de expansão de princípios constitucionais, precisamente por não estarem compreendidas no

A positivação dos princípios constitucionais não os imuniza das opções valorativas quando do processo de concretização, inclusive porque as Constituições democráticas do segundo Pós-Guerra não poucas vezes hospedam aspirações e ideais que se achegam à conflituosidade (CANOTILHO, 2002, p.1166). Esses diplomas se abrem mais intensamente às escolhas morais (MAIA, 2008, p.208) e, desse modo, a dualidade de sistemas, ponto forte do positivismo jurídico, ensaia uma unificada operação. A relação entre direito e moral, marcada pela contingência, sugere estabilidade. Então, se antes a preocupação do operador jurídico estava voltada à falta de normatividade desses preceitos, pois confinados à subsidiariedade e tidos como meras exortações, agora os problemas que desafiam o intérprete/aplicador dizem respeito às diferentes leituras por eles admitidas (ATIENZA, 2009, p.113), resultando daí ainda mais visível a feição constitutiva da decisão judicial (OLIVEIRA, 2012, p.316).

Num contexto de homogeneidade⁵ os princípios jurídicos serviam à solução das contradições valorativas (LARENZ, 1983, p.551), mas nas sociedades contemporâneas, heterogêneas e plurais, eles até mesmo fomentam essas controvérsias. Não há lugar para uma única resposta correta. O juiz, baseado exclusivamente no texto constitucional ou mediante a revelação de princípios constitucionais implícitos, cria e aplica a norma jurídica, sobreposição que ainda encontra resistência na dificuldade contramajoritária do Poder Judiciário (QUEIROZ, 2000, p.314). O texto da norma oferece um importante limite à atuação judicial, porém a subordinação dos conteúdos normativos às variações axiológicas (BARCELLOS, 2011, p.70), somada às noções de comandos *prima facie* ou mandamentos de otimização dos princípios jurídicos (ALEXY, 2008, p.90), torna

respectivo campo de incidência, tal qual inicialmente proposto pelo Constituinte, devem ser formuladas pelo Poder Legislativo, o qual se sujeitará, como sói acontecer com toda regulação subalterna, ao controle judicial *a posteriori*, típico do nosso sistema de fiscalização de constitucionalidade." Ao contrário do ensinamento do professor titular da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, é preciso criar mecanismos que controlem essa atividade (aplicação direta dos princípios constitucionais explícitos ou implícitos), mas não condicioná-los à inevitável iniciativa do legislador, leitura que indiscutivelmente fragiliza a normatividade da Constituição.

⁵ Consigna Michele Taruffo (2001, p.39): "Os mitos das sociedades homogêneas e estáveis e das culturas simples, claras e comum a todos, se em algum tempo tiveram um sentido ou correspondência à realidade, já foram subvertidos pelas transformações políticas, econômicas, sociais e culturais da época moderna, especialmente da época que agora se costuma chamar pós-moderna."

ainda mais problemáticos os planos de eficácia e aplicação desta categoria normativa.⁶

O Judiciário atribui imediata concreção aos princípios constitucionais, daí decorrendo a importância das justificações utilizadas nas instâncias ordinárias e, por consectário, a relevância do controle dessas justificações pelo Supremo Tribunal Federal, órgão responsável pela unidade do direito e pela uniformização da interpretação constitucional⁷. Significa dizer: ao passo que o juiz aplica os princípios constitucionais, sem intermediação, é porque essa atividade também está sujeita ao controle de constitucionalidade; se a densidade normativa não é mais de exclusiva responsabilidade do legislador, então é correto afirmar que as decisões judiciais igualmente estão subordinadas à fiscalização constitucional. Ensina Jorge Miranda (1996, p.310-311): "constitucionalidade e inconstitucionalidade designam conceitos de relação: a relação que se estabelece entre uma coisa – a Constituição – e outra coisa – um comportamento – que está ou não conforme, que cabe ou não cabe no seu sentido, que tem nela ou não a sua base." Sendo assim, diante do fortalecimento do Judiciário no trato dos princípios constitucionais⁸, explícitos ou implícitos, não é

⁶ Para Humberto Ávila, autor que não compartilha da distinção entre regras e princípios jurídicos nos moldes de Robert Alexy, também as regras estão condicionadas às circunstâncias fáticas e jurídicas, de modo que a aplicação desses preceitos não se resume ao tudo-ou-nada (plano de validade). Aliás, especialmente quanto à ponderação, método comumente utilizado na aplicação de princípios jurídicos colidentes, anota o autor (2011, p.89): "Registre-se que a distinção entre as espécies normativas com base no modo de aplicação e no modo de solução de antinomias também pode conduzir, de um lado, a uma trivialização do funcionamento das regras, transformando-as em normas que são aplicadas de modo automatizado e sem a necessária ponderação de razões. Mais do que isso: essa distinção leva a crer que as regras não podem ser superadas, quando, em realidade, toda norma jurídica – inclusive as regras – estabelece deveres provisórios, como comprovam os casos de superação das regras por razões extraordinárias com base no postulado da razoabilidade."

⁷ Cf. Calamandrei (1945, p. 103-104).

⁸ Se a legislação marcou acentuadamente o séc. XX, hoje a vocação do direito está voltada à revalorização da jurisdição. Explica Nicola Picardi (2008, p.5): "De resto, a expansão do âmbito da intervenção jurisdicional é constatada não só no plano processual, mas também e sobretudo no que concerne ao direito material. A verdade é que hoje o juiz é chamado a desenvolver funções que, ontem, pareciam reservadas a outras instituições. Registra-se, de fato, um considerável aumento dos poderes do juiz, tanto no confronto da legislação quanto da administração." Todavia, essa concepção sugere verticalização mais intensa, notadamente porque – diz Daniel Mitidiero (2011a, p.48-49) – "a jurisdição não pode mais ser colocada como centro da teoria do processo civil. Insistir nessa postura revela uma visão um tanto quanto unilateral do fenômeno processual, [...]. Essa ideia de processo como polo metodológico da teoria do processo civil contemporâneo bem responde ao caráter essencialmente problemático assumido pelo direito de hoje, para cuja solução concorrem, argumentativamente, todos aqueles que participam do feito."

recomendável que a decisão judicial de feição ainda mais constitutiva fique sem controle ou que essa fiscalização seja caracterizada pela timidez. As justificativas judiciais não apenas podem ampliar como também podem apequenar a abrangência dos princípios constitucionais (BARROSO, 2011b, p.383), pior, muitas vezes mediante desproporcional sacrifício dos princípios constitucionais colidentes (colisão entre princípios) e (ou) das leituras igualmente legítimas do princípio constitucional em disputa (colisão intraprincípios).

Noutro giro, ainda que a fiscalização constitucional abstrata e concentrada seja cada vez mais significativa na ordem jurídica brasileira (CLÈVE, 2000, p.141), é fato que a incidência direta dos princípios constitucionais revitalizou o controle concreto e difuso de constitucionalidade. Em termos diferentes, se, na esteira de Mauro Cappelletti (1992, p.77), é possível afirmar que um dos problemas decorrentes do controle concreto e difuso da lei ou ato normativo está na dispersão da interpretação constitucional, isso porque cada juiz poderá examinar a convergência do comando normativo com a Constituição, na hipótese a situação é ainda mais grave, agora porque o juiz nem ao menos pode se valer da prévia ponderação legislativa, falta que contribui significativamente para os desencontros interpretativos.⁹ Desse modo, ao lado de outro importante instrumento constitucional, a arguição de descumprimento de preceito fundamental, é destacado o recurso extraordinário como mecanismo apto à mitigação dessas discrepâncias, sem esquecer que a morosidade da prestação jurisdicional é também decorrência da recepção pela ordem jurídica de uma ampla sistemática recursal (SILVA, 2006, p.242).¹⁰ Trata-se de trabalho dirigido ao controle das decisões judiciais que diretamente aplicam princípios constitucionais, controle que não dispensa a formulação de metodologia mínima à sua realização.¹¹

⁹ Os abusos na aplicação direta dos princípios constitucionais também podem fragilizar esta categoria normativa, atingindo, por igual, a força normativa da Constituição.

¹⁰ A tese contempla tópico específico sobre o tempo do processo (itens 4.4 e 4.4.1), com destaque à tutela cautelar e à antecipação dos efeitos da tutela.

¹¹ Ainda sobre a ponderação, um dos critérios escolhidos para a realização desse controle, Humberto Ávila (2011, p.122) é taxativo: "Esclareça-se que defender a ponderação sem, ao mesmo tempo e de saída, apresentar os critérios intersubjetivamente controláveis para sua aplicação, é legitimar doutrinariamente a sua utilização excessiva e arbitrária, de nada valendo a constatação tardia do seu desvirtuamento."

Essa atividade, que descortina verdadeiro controle de constitucionalidade das decisões judiciais, destaca-se também como importante paradigma na solução de casos idênticos ou assemelhados, enredo que sugere previsibilidade e estabilidade na aplicação dos princípios constitucionais (*nomofilachia* das Cortes Superiores). Daí a exigência de uma cautelosa política voltada ao prestigiamento dos precedentes, pois, como ensina Luiz Guilherme Marinoni (2009, p.187), "a evolução do *civil law*, particularmente em virtude do impacto do constitucionalismo, deu ao juiz um poder similar ao do juiz inglês submetido à *commow law* e, bem mais claramente, ao poder do juiz americano, dotado do poder de controlar a lei a partir da Constituição." Assim sendo, é de fundamental importância em tempos de neoconstitucionalismo¹², importante janela de visualização do direito contemporâneo¹³, que a racionalidade do direito seja retomada, prestigiando-se as justificações e estruturas institucionais que operem com os olhos voltados à universalização dos critérios decisórios.

¹² Essa terminologia não faz parte do vocabulário norte-americano e nem mesmo pauta o debate constitucional realizado na Alemanha (SARMENTO, 2010, p.234-235). Cuida-se, na verdade, de termo formulado na Espanha e Itália, porém com importantes reflexos na ordem constitucional brasileira (MAIA, 2008, p.210). Nessa perspectiva, ainda que nem todos os "neoconstitucionalistas" assinem integralmente as características que seguem, de imediato, é de se destacar a importante síntese formulada por Luis Prieto Sanchís (2009, p.131-132): "*En suma, la ley ha dejado de ser la única, suprema y racional fuente del Derecho que pretendió ser en outra época, y tal vez éste sea el síntoma más visible de la crisis de la teoría del Derecho positivista, forjada en torno a los dogmas de la estatalidad y de la legalidad del Derecho. Pero seguramente la exigencia de renovación es más profunda, de manera que el constitucionalismo está impulsando una nueva teoría del Derecho, cuyos rasgos más sobresalientes cabría resumir en los siguientes cinco epígrafes, expresivos de otras tantas orientaciones o líneas de evolución: más principios que reglas; más ponderación que subsunción; omnipresencia de la Constitución en todas las áreas jurídicas y en todos los conflictos mínimamente relevantes, en lugar de espacios exentos en favor de la opción legislativa o reglamentista; omnipresencia judicial en lugar de autonomía del legislador ordinario; y, por último, coexistencia de una constelación plural de valores, a veces tendencialmente contradictorios, en lugar de homogeneidad ideológica en torno a um punão de principios coherentes entre sí y en torno, sobre todo, a las sucesivas opciones legislativas.*"

¹³ Explica Humberto Ávila (2009, p.1): "Embora possa haver muita discussão a respeito de quais foram as teorias, métodos, ideologias ou movimentos jurídicos mais marcantes no período de vigência da Constituição de 1988, dúvida alguma existirá com relação ao fato de que o fortalecimento do que se convencionou chamar de 'neoconstitucionalismo' foi um dos fenômenos mais visíveis da teorização e aplicação do Direito Constitucional nos últimos anos no Brasil." Contudo, o direito constitucional contemporâneo hospeda outras importantes colaborações, como, por exemplo o denominado constitucionalismo popular. Sobre o tema: Gargarella (2008a, p.249-262); Sarmento; Souza Neto (2013, p.226-230). Há, também, contribuições em que as Cortes promovem efetivo diálogo entre os interessados (e.g. Corte Constitucional da Colômbia), afastando, num primeiro momento, a tomada de uma assimétrica decisão. Sobre o tema: Gargarella (2008c, p.149-172).

1.1 HIPÓTESE DE TESE

A subjetividade do juiz aumenta significativamente quando nas hipóteses de ausência ou deficitária mediação legislativa ele densifica princípios constitucionais, explícitos ou implícitos. Sendo assim, impõe-se a necessidade de controle efetivo dessas justificações, na medida em que a quase absoluta liberdade do juiz no trato desta categoria normativa potencializa os desencontros interpretativos, com reflexos diretos na previsibilidade do direito. Então, em síntese, são colocados em debate a racionalidade e o controle das decisões judiciais quando da aplicação direta de princípios constitucionais¹⁴.

1.2 DELIMITAÇÕES NECESSÁRIAS

A tese diz respeito ao controle das decisões judiciais que diretamente aplicam princípios constitucionais, explícitos ou implícitos, justificando-se o corte metodológico, dentre outros motivos, porque a majoritária doutrina e a jurisprudência brasileiras, na perspectiva de Ronald Dworkin e Robert Alexy, adotaram uma forte distinção entre regras e princípios jurídicos (item 2.2). Regras jurídicas são comandos definitivos (tudo-ou-nada), enquanto os princípios jurídicos são comandos *prima facie* ou mandamentos de otimização, condicionados às circunstâncias fáticas ou jurídicas, decorrendo daí uma interferência direta no âmbito de aplicação dessas categorias normativas.¹⁵ Significa dizer: ao invés do método subsuntivo, próprio às regras jurídicas,

¹⁴ Os precedentes, como fonte autônoma que não se confunde com a decisão judicial, não configura hipótese de tese. O controle de constitucionalidade sugerido é da decisão judicial que aplica diretamente princípios constitucionais, e não do precedente que a partir dela se pode extrair. Aliás, sobre o duplo discurso oportunizado pela decisão judicial, consultar: Mitidiero (2012, p.61-78).

¹⁵ Ainda que não se trate de tese relativa à distinção entre princípios e regras jurídicas, alguns esclarecimentos são necessários: a adoção de outro critério de distinção entre regras e princípios constitucionais, notadamente daquele decorrente da distinção entre texto e norma, não é incompatível com as premissas do trabalho. Primeiro, porque é possível incorporar no âmbito da tese as regras jurídicas, na medida em que – para Humberto Ávila (2011, p.41) – qualquer norma (regra ou princípio) "depende de possibilidades normativas e fáticas a serem verificadas no processo mesmo de aplicação", de modo que a "ponderação racionalizada" pode servir para o controle das

os princípios jurídicos reclamam por metodologia mais exigente (ponderação), instrumentalizada, quase sempre, mediante a observação do princípio da proporcionalidade (necessidade, adequação e proporcionalidade em sentido estrito). Além disso, dada à imprecisa delimitação de conteúdo desses comandos, decorrência da maior abertura às concepções valorativas¹⁶, essa configuração ainda sugere uma problematização diferenciada do plano de eficácia, situação, na hipótese, agravada substancialmente pela ausência ou deficitária mediação legislativa. Ao final, ainda é importante destacar que não se trata de tese limitada ao estudo dos princípios constitucionais verbalizadores de direitos fundamentais, advertência, todavia, que não afasta a maior incidência desses direitos e nem mesmo arreda o aproveitamento de temas já maduros nesse âmbito do conhecimento na densificação e subsequente controle de constitucionalidade das decisões judiciais.¹⁷

decisões que aplicam regras constitucionais; e segundo, porque a existência de critério diferente não interfere na metodologia empregada na aplicação dos princípios constitucionais (e respectiva necessidade de controle mais efetivo dessa atividade), pois, igualmente na esteira de Humberto Ávila (2011, p.124), a ponderação é por eles reivindicada, ainda que contingentemente. A opção, portanto, guarda como pressuposto a aceitação majoritária, palco, hoje, em que são mais nítidas as distorções no manejo dos princípios constitucionais, explícitos ou implícitos.

¹⁶ Numa das importantes versões do constitucionalismo contemporâneo (neoconstitucionalismo), com ampla aceitação no cenário jurídico brasileiro, são os princípios constitucionais responsáveis pela reaproximação entre direito e moral (direito positivo e direito natural), justificando-se, por isso, no momento oportuno, discorrer sobre as concepções positivistas e não positivistas do direito (item 2.1.2).

¹⁷ Contudo, alguns esclarecimentos ainda se colocam: um, os direitos fundamentais são igualmente verbalizados por meio de regras jurídicas; dois, há severas discussões não apenas quanto à marca da fundamentalidade desses direitos, se formais ou materiais, como também em relação à existência de múltiplas dimensões, temas exaustivamente trabalhados pela doutrina (SARLET, MARINONI; MITIDIERO, 2012, p.277-279); e três, acima de tudo, porque há princípios constitucionais que necessariamente não são fundamentais (SARMENTO; SOUZA NETO, 2013, p.494), mas que desafiam aplicação direta (e ponderada) pelo Estado-juiz. Ensina Marcelo Neves (2010, p.148): "Os princípios constitucionais – que, em parte estão aquém (pois há regras que fixam direitos fundamentais) e, em parte, vão além (pois há princípios referentes à estrutura do Estado e do direito e princípios referentes a fins políticos do Estado e institucionais) dos direitos fundamentais – estão associados igualmente à diferenciação funcional da sociedade em sistemas operativamente autônomos, assim como à diferenciação entre homem e sociedade."

1.3 PREMISSAS METODOLÓGICAS

A afirmação de que os princípios constitucionais estão mais propensos aos juízos morais não ofusca o enquadramento desta categoria no plano das normas jurídicas. São valores que estão positivados numa determinada Constituição, não obstante as diferentes leituras por eles admitidas. Sendo assim, as premissas metodológicas do trabalho estão localizadas ainda no âmbito da dogmática jurídica¹⁸ e, por isso, o imediato empréstimo das lições de Robert Alexy (2008, p.36): "A dogmática jurídica é, em grande medida, uma tentativa de se dar uma resposta racionalmente fundamentada a questões axiológicas que foram deixadas em aberto pelo material normativo previamente determinado." Para tanto, inicialmente, é atribuída visibilidade ao tema, destacando-se, dentre outros pontos, que a passagem dos princípios jurídicos do plano subsidiário para o eixo central da interpretação/aplicação, decorrência da normatividade a eles conferida no âmbito das sociedades heterogêneas do segundo Pós-Guerra, intensificou os desencontros interpretativos (dogmática em sua dimensão empírica), constatação, inclusive, potencializada pela incidência desses comandos independentemente de mediação legislativa. Em seguida, sem ignorar a existência de substanciais estudos dirigidos à racionalidade das decisões judiciais no trato dos princípios constitucionais (dogmática em sua dimensão analítica), notadamente daqueles preceitos verbalizadores de direitos fundamentais, a tese, com adaptações, deles se aproveita, mas ainda procura enquadrar as decisões judiciais que aplicam diretamente os princípios constitucionais dentro de marcos dogmáticos não suficientemente explorados (controle de constitucionalidade das decisões judiciais), enquadramento que oportuniza uma diferenciada preocupação no trato desses comandos, pois, à evidência, aproveita-se do seu reconhecido capital

¹⁸ Importante, desde logo, a advertência de Tércio Sampaio Ferraz Jr. (1994, p.41) de que não há uma linha divisória radical entre zetética e dogmática, na medida em que "toda a investigação acentua mais um enfoque que o outro, mas sempre tem os dois". A escolha, portanto, mais se deve à busca por uma "resposta" que atenda ao quadro de imprevisibilidade hoje existente no trato dos princípios constitucionais (critério priorizado pela dogmática), realçando-se, sem exageros, a segurança jurídica como uma das nuances da Justiça. A tese ainda contará com metodologias específicas, descortinadas, todavia, no desenvolvimento do trabalho (e.g. método hermenêutico-concretizador na delimitação de conteúdo dos princípios constitucionais), mas, sem distinção, todas elas reconduzíveis ao mesmo ponto de partida (o texto da norma constitucional como limite da interpretação).

simbólico. Diz Pierre Bourdieu (2004, p.167): "o poder simbólico é um poder de fazer coisas com palavras. [...] o poder simbólico é um poder de consagração ou de revelação, um poder de consagrar ou de revelar coisas que já existem." Ainda, dentro dos limites da dogmática jurídica, objetiva-se contribuir para uma maior racionalidade na aplicação direta dos princípios constitucionais (dogmática em sua dimensão normativa), agora com a incorporação, pela ordem jurídica brasileira, de um cauteloso sistema de precedentes judiciais¹⁹; fechamento, todavia, que não dispensa uma abordagem crítica do comportamento do Supremo Tribunal Federal em relação às suas próprias decisões. Ao fim, se existe uma conexão necessária entre justificação e pretensão à universalização, tema objeto de maiores discussões, então o campo dogmático se apresenta mais adequado, na medida em que se preocupa em possibilitar a decisão e orientar a ação (FERRAZ JR., 1994, p.41).

1.4 TESES ESBOÇADAS

A normatividade atribuída aos princípios constitucionais e, mais precisamente, a aplicação desses preceitos nas hipóteses de ausência ou deficitária mediação legislativa, ainda não são encaradas pelo Judiciário brasileiro com a importância desejada. Reveladores, desse quadro, são as retóricas invocações dos princípios constitucionais e os meros anúncios sobre os métodos de aplicação desta categoria normativa nas instâncias ordinárias. Então, a primeira das teses converge para a existência de uma metodologia mínima no trato desses preceitos e, acima de tudo, reivindica que as decisões judiciais, mediante a observância de forte contraditório, sejam orientadas por uma pretensão de universalidade (ideia regulativa). Uma segunda tese esboçada diz respeito ao enquadramento teórico dessas decisões no

¹⁹ Ao se falar num cauteloso sistema de precedentes e, concomitantemente, ao se cogitar de um prestigiamento da segurança jurídica, a ideia converge para a necessária atenção ao caso concreto, notadamente em relação à possibilidade de distinção oferecida pelo sistema de precedentes (universalidade excepcionável). Por isso, inclusive, ficará evidenciado que esse sistema é mais adequado do que a adoção de súmulas de efeitos vinculantes e, acima de tudo, muito mais eficiente que a situação hoje existente, em que, se porventura recomendável, o aproveitamento das decisões judiciais proferidas pelas instâncias superiores é feita pela simples e seletiva invocação de ementas.

âmbito dos comportamentos passíveis de controle de constitucionalidade, situação que necessariamente contribuirá para a importância dessa problemática, valendo-se, ademais, do capital simbólico daí decorrente. Em outros termos, porque o juiz aplica diretamente os princípios constitucionais, sem intermediação, é correto afirmar que as decisões judiciais estão igualmente submetidas ao controle de constitucionalidade. Finalmente, na medida em que a incidência dos princípios constitucionais aqui trabalhados se opera em casos de ausência ou deficitária mediação legislativa, a estabilidade e a previbilidade do direito, marcas do Estado de Direito, só poderão encontrar guarida na adoção de um cauteloso sistema de precedentes, instrumentalizado, na hipótese, por meio do recurso extraordinário e (ou) da arguição de descumprimento de preceito fundamental. Aliás, dadas as peculiaridades desses instrumentos, são reivindicadas algumas releituras e (ou) reformas legislativas, chegando-se, inclusive, a sugerir uma parcial fungibilidade entre eles.

1.5 CONTORNOS DA TESE

Eis os contornos da tese apresentada: (i) a Constituição é vinculante, razão pela qual os princípios constitucionais, explícitos ou implícitos, possuem força normativa; (ii) os princípios constitucionais são diretamente invocados na solução de casos concretos, de modo que a densificação recai exclusivamente no Judiciário; (iii) os princípios constitucionais, porque mais intensamente conectados à moral, favorecem a reprodução dos desacordos na instância judicial, tornando ainda mais pulverizada a interpretação constitucional; (iv) esses preceitos, encarados como mandamentos de otimização ou comandos *prima facie*, operam com base em suporte fático amplo, leitura que favorece o surgimento de tensões ou conflitos intra e entreprincípios; (v) sendo assim, revela-se importante um controle mais efetivo dessa atividade, ou seja, as decisões judiciais não apenas reivindicam critérios racionais de fundamentação, como, por igual, sujeitam-se também à fiscalização constitucional; (vi) esse controle, via recurso extraordinário ou arguição de descumprimento de preceito fundamental incidental, pressupõe definitiva apreciação das justificações judiciais pelo Supremo Tribunal Federal, definitividade, todavia, que não dispensa

esforços na obtenção da melhor resposta, pois, como decorrência do "fato do pluralismo", não há que se falar numa única resposta correta; e, por último, (vii) esse controle assegura uma previsibilidade e estabilidade maiores na aplicação dos princípios constitucionais, notadamente quando da adoção de um cauteloso sistema de precedentes.

1.6 DESENVOLVIMENTO DO TRABALHO

Feitas as considerações iniciais (capítulo 1), explicita-se que o trabalho foi desenvolvido em três momentos, assim delineados: no primeiro (capítulo 2), não apenas se procurou demonstrar que o neoconstitucionalismo conferiu maior visibilidade aos princípios constitucionais, explícitos ou implícitos, como também foram trabalhadas as principais características desta modalidade normativa, destacando-se, nesse contexto, a normatividade, a diferenciada formatação e a incidência direta desses preceitos nas hipóteses de ausência ou deficitária mediação legislativa; no segundo momento (capítulo 3), dada a mais intensa subjetividade dos juízes na interpretação/aplicação desses preceitos, para além da preocupação com a densificação (metodologia mínima) e o controle (interno) das decisões judiciais, com destaque à natureza jurídica desta atividade, ainda se buscou realçar o viés nomofilático do Supremo Tribunal Federal; no terceiro (capítulo 4), diante desse quadro mais problemático, fruto das leituras na vertente neoconstitucionalista, com os olhos voltados à segurança jurídica e sem descuidar do tempo do processo, foi desenvolvida a noção de precedentes obrigatórios como material jurídico apto à conciliação possível entre o caráter argumentativo e a previsibilidade do direito, reivindicando-se, no particular, que a ordem jurídica brasileira ostensivamente assegure a sua cautelosa incorporação. Às conclusões, por fim, dedicou-se específica abordagem (capítulo 5).

2 NEOCONSTITUCIONALISMO(S): ÊNFASE DIFERENCIADA AOS PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS

Uma advertência inicial: o presente capítulo, antes de elencar os principais contornos neoconstitucionalistas, com ênfase à normatividade da Constituição e consequente prestigiamento dos princípios constitucionais, explícitos ou implícitos, enfrenta, ainda que rapidamente, algumas das principais configurações jurídicas que marcaram o direito continental a partir da Idade Média. O propósito desta investida, pelos intencionais recortes e pelas limitações daí decorrentes, se não esboça maiores ambições, direciona-se à demonstração de que o neoconstitucionalismo, independentemente da versão recepcionada, elegeu como principal antagonista o positivismo jurídico de viés legalista. Então, nesse contexto, são destacados a pluralidade de ordenamentos jurídicos que caracterizaram o direito medieval e o monismo jurídico que bem identificou o direito nos países que sofreram a forte influência da Revolução. Ao fim, então, sobressairá a leitura constitucional inaugurada pelas Constituições democráticas do segundo Pós-Guerra.

A coexistência de ordenamentos jurídicos marca o período pré-moderno, ou seja, ensina António Manuel Hespanha (2003, p.118) que "na sociedade europeia medieval conviviam diversas ordens jurídicas – o direito comum temporal (basicamente identificável com o direito romano, embora reinterpretado), o direito canónico (direito comum em matérias espirituais) e os direitos próprios", de modo que esse pluralismo ou essa diversidade de fontes normativas²⁰, decorrência da fragmentação ou

²⁰ Ensina Santi Romano (2008, p.139): "Na Idade Média, ao contrário (da modernidade), devido à constituição daquela sociedade dividida, fragmentada em muitas e diversas comunidades, frequentemente independentes ou fragilmente ligadas entre elas, o fenómeno da pluralidade dos ordenamentos jurídicos se manifestou com tal evidência e imponentia que não teria sido possível não levá-lo em consideração." Sobre as características da ordem jurídica medieval, as lições de Paolo Grossi (2003, p.29): "*en la civilización medieval el orden jurídico es, salvadas algunas delicadas zonas conexas al gobierno de la polis, una realidad óptica, es decir, escrita en la naturaleza de las cosas, realidad exquisitamente radical, ya que brota pujante en las raíces de la sociedad y por ello se identifica con la costumbre, con los hechos típicos que confieren su rostro peculiar a una civilización histórica; ciertamente, por esto, se presenta siempre bajo el lema de la complejidad; realidad que nace, vive, prospera, se transforma fuera de la influencia del poder político, el cual, gracias a su incompletud, no tiene excessivas pretensiones, respeta el pluralismo jurídico, respeta el consorcio de fuerzas que lo provocan.*"

compartilhamento do poder político²¹, será duramente criticado na modernidade (GROSSI, 2008, p.48). Em outros termos, a descentralização do poder e a pulverização normativa sugerem que as comunidades medievais careciam de um coerente sistema jurídico, não obstante a identificação de certos impulsos de sistematização no âmbito da Escola dos glosadores²² e da Escola dos comentadores²³. Para Judith Martins-

²¹ Com a queda de Roma (476 d.C) e o subsequente fim do Império Romano do Ocidente, registra-se o surgimento de "uma pluralidade de cidades, nações e estados independentes, cada um com o seu direito particular, os estatutos, os foros, os costumes." (AMARAL, 1998, p.109). R. C. van Caenegem (2009, p.25), por exemplo, muito embora tenha atribuído relevo à dinastia carolíngia na tentativa de suplantação das monarquias tribais e concomitante estabilização da Europa (séculos VIII e IX), destaca que o continente europeu nos séculos X e XI assistiu a uma divisão política extrema, de modo que "o reino e em alguns casos mesmo os ducados ou condados tinham perdido qualquer relevância para o exercício diário da autoridade pública."

²² Explica Franz Wieacker (1967, p.53-54): "No entanto, desde cedo que os glosadores não se limitaram à exegese corrida de passos isolados. A convicção do domínio de uma *ratio* sobre todo o conjunto da tradição levou a desenterrar o sentido global de todo o texto e a apresentá-lo em cadeias silogísticas: se cada texto encerra a verdade da autoridade absoluta (*ratio scripta*), um texto não pode contradizer um outro igualmente verdadeiro. [...]. Assim, ingressam na exegese operações de síntese que deveriam provar a compatibilidade de textos aparentemente contraditórios ou subsumir uma multiplicidade de textos a uma mesma regra. [...]. Só através da exploração ininterrupta e comparativa do material das fontes os glosadores se apropriaram completamente da problemática jurídica global do *Corpus Iuris*. Através da exegese, da harmonização, da construção de regras, constitui-se um edifício doutrinal de princípios harmónicos, talvez a primeira dogmática jurídica autónoma da história universal; a sua forma externa de manifestação é a *Summa* ordinária. Este edifício doutrinal, que, de qualquer modo, não chegou a constituir um sistema formal ou a consumir-se nos conceitos mais gerais, através da superação das formas analíticas de interpretação, é, não obstante, ainda o antepassado da actual dogmática jurídica do continente europeu." Uma das características principais dos glosadores se resume na fidelidade aos textos justinianeus, para os quais tinham uma origem quase sagrada (HESPANHA, 2003, p.146; CASTANHEIRA NEVES, 1993, p.86). Ainda Wieacker (1967, p.45-46): "Para todos ele (direito romano) constituía o direito natural por força da sua dignidade histórica e autoridade metafísica; e assumiu, assim, no projeto conjunto do pensamento jurídico medieval, a categoria de uma moral válida em geral. [...]. Assim, recorriam ao direito romano não só os juristas, como ainda os canonistas e mesmo os cultores da teologia moral, a partir do momento em que os decretistas tinham extraído precisamente das *Instituições* e do *Digesto* a ideia (originalmente estranha à teologia) de *jus naturale*. Por outro lado, mesmo a própria imagem do direito dos glosadores não era uma imagem técnico-jurídica. Ela radicava também na ideia mais genérica de direito natural da alta Idade Média, na qual as concepções e tópicos aristotélicos, estóicos, ciceronianos e patrísticos se tinham introduzido como os elementos mais firmes; isto foi favorecido pelo facto de o *Corpus Iuris*, pela sua parte, ter recolhido elementos do direito natural estóico. Os estímulos para uma rendição ao *Corpus Iuris* residiram, portanto, não apenas num interesse técnico-científico, mas na busca de um fundamento mais seguro para uma ética político-social dessa época."

²³ Na unificação do *ius commune* europeu, é importante destacar a contribuição da Escola dos comentadores ou consiliadores ou post-glosadores. Explica Franz Wieacker (1967, p.80): "Na verdade, prosseguiram (os consiliadores) o trabalho de interpretação teórica dos glosadores sobre o *Corpus Iuris* em ligação com as tarefas de ensino, também por eles mantidas; e, nomeadamente – de acordo com uma tendência cultural da Baixa Idade Média –, com o auxílio de figuras lógicas ainda mais complicadas; assim, procedem de forma por vezes ainda mais formalística e literal que os pioneiros da época dos glosadores. No entanto, como em qualquer ciência viva, a continuidade metodológica foi compensada por uma renovação do seu objecto e dos seus problemas. A partir

Costa (1999, p.47), a noção de um sistema unitário estará perfeitamente estruturada no século XVIII, com as grandes codificações, sendo certo que nos séculos anteriores, mesmo após a redescoberta ou recepção do direito romano pelas universidades (séculos XII e XIII), a tradição particularista condiciona a estrutura do ordenamento jurídico em que convivem vários ordenamentos.²⁴ Os indivíduos, nesse contexto, não têm uma identidade autônoma, mostrando-se dependentes de sua situação de origem ou de sua inserção nos diversos estamentos sociais, situação que alimentava uma pluralidade de fontes de produção jurídica (MARTINS-COSTA, 1999, p.57). Menezes Cordeiro, na introdução à edição portuguesa à obra de Claus-Wilhelm Canaris (2012, p.lxxiv-lxxix), assevera que a ciência jurídica europeia nasceu da primeira recepção do direito romano, levada a cabo nas universidades medievais a partir do século XII²⁵; que as glosas e os comentários permitiram a sua implantação numa sociedade muito diferente daquela para o qual foi pensado, mas, acrescenta o autor, a primeira sistematização, ainda empírica e periférica, seria alcançada apenas com o advento do humanismo.²⁶ A segunda sistematização (racionalista e central)

da actividade teórica, os comentadores caminharam cada vez mais para uma actividade de consulta, de cuja experiência resultou em geral uma impregnação e aperfeiçoamento científicos dos direitos estatutários, e mesmo das ordens jurídicas italiana e europeia. Ao converterem o seu próprio mundo quotidiano – e não apenas o da Itália e França do sul, mas também, logo em seguida, o mundo, com este estreitamente aparentado, da Europa central e ocidental – em objecto da sua ciência, os comentadores converteram o direito justinianeus, pela primeira vez, num direito comum de toda a Europa (*jus commune*); ao mesmo tempo que reduziam a multidão dos direitos não romanos da Europa à forma mental de sua ciência. Só pela sua mão a velha ideia de que o direito romano era a *ratio scripta* da cristandade ocidental se tornou numa realidade palpável." No mesmo sentido: Hespanha (2003, p.155); Castanheira Neves (1993, p.96).

²⁴ Sobre o "particularismo jurídico" escreve Giovanni Tarello (1976, p.29): "*Per 'particolarismo giuridico' si intende la mancanza di unitarietà e di coerenza dell'insieme delle leggi vigenti in una sfera spazio-temporale, individuata in seguito ad giudizio di valore secondo il quale in quella stessa sfera vi 'dovrebbe' essere, o 'ci si aspetterebbe' vi fosse, unità e coerenza di leggi.*"

²⁵ Ainda Mário G. Losano (2007, p.55): "O direito romano, unido ao canônico, expandiu-se na Europa entre o século XII e o século XV, sobretudo através do ensino das universidades. [...]. Em todos os países, o direito romano colocava-se ao lado dos costumes locais, oferecendo soluções jurídicas para os casos não previstos neles, ou ainda para os casos em que se desejava renovar as regras preexistentes. Além disso, quando um território estava fragmentado em inúmeros pequenos Estados, fornecia um *direito comum* para as relações entre eles. Ao final desse processo de assimilação – ou seja, já no século XV –, o direito romano-canônico complementado pelas contribuições dos juristas italianos e franceses era o *ius commune* da Europa Ocidental."

²⁶ Explica Menezes Cordeiro (2012, p.lxxvii): "Os juristas humanistas aceitaram o Direito romano, tal como podiam conhecê-lo, como elemento pré-dado: constituía uma base histórico-cultural de toda a elaboração posterior. Intentaram, no entanto, dar-lhe uma ordem exterior. As matérias, em vez de aparecerem ao acaso das massas de fragmentos dos Digesta, são ordenadas em função de certos factores de similitude exterior: equivalência linguística, proximidades do objecto, etc. As aproximações periféricas tornam-se dominantes." No mesmo sentido: Villey (2009, p.554).

teria decorrido da absorção do método cartesiano, que ao invés de se assentar em elementos pré-elaborados, buscava, por dedução, a ordenação mediante a prévia escolha de alguns princípios nucleares ou axiomas. Eis as considerações de António Manuel Hespanha (2003, p.212):

Embora Descartes não se tenha ocupado do direito, o seu método influenciou, sem dúvida, os juristas que buscavam a segurança. Também estes fizeram fé nas ideias claras e distintas, na evidência racional dos primeiros princípios do direito, na possibilidade de sua extensão através da dedução; enfim, no poder da razão individual para descobrir as regras do justo, de um justo que fugisse à contingência, por se radicar numa ordem racional (quase matemática) da natureza (*mathesis universalis*) de que a razão participava. E é com este direito natural racionalista que se vai avançar no sentido de tornar mais certo o direito positivo.

Então, na modernidade, a noção de segurança jurídica será eficazmente delineada e consequentemente deferida à tutela do Estado (TARELLO, 1976, p.51), sujeito político que centralizará os métodos de produção e interpretação do fenômeno jurídico (monismo jurídico). O crescente fortalecimento do Estado não apenas reivindicará o monopólio do direito, como também restringirá os seus limites à legislação (unificação das fontes de produção jurídicas)²⁷, instrumento agora revitalizado e habilmente utilizado na legitimação do poder político.²⁸ Um novo olhar é lançado sobre o direito. A projeção política tende a coincidir com a projeção jurídica. Expressa R. C. Caenegem (2009, p.32): a "*superioritas* desses Estados (soberanos) não dizia respeito apenas a outros Estados, mas possuía também uma dimensão interna, já que os cidadãos estavam completa e unicamente sujeitos a um legislador nacional, a um governo nacional e a um poder judicial nacional". À lei não se

²⁷ Segundo Hobbes (2009, p.97-98) a liberdade é um direito subjetivo natural e, ao homem, é atribuído o poder de usá-lo como bem entender. Mas, esse incondicionado direito conduz à anarquia, já que o indivíduo, movido pelo apetite de conservação, litiga com o outro sobre o mesmo objeto (a guerra perpétua de todos contra todos). A saída para essa insegurança – explica – é produzida pela razão, materializada num "Deus mortal", o soberano (VILLEY, 2007, p.148). Então, o uso da razão, a centralização do poder político e a lei dão os reais contornos da era moderna.

²⁸ Explica Paolo Grossi (2008, p.49): "[...], diferentemente do Príncipe medieval, que se identificava sobretudo nas funções altamente judiciais, colocando-se como o grande justiceiro do seu povo, que produz poucas leis deixando a outras fontes (praxe e ciência) o ordenamento jurídico da sociedade, o Príncipe moderno intui o valor fundante que o direito pode ter para a dimensão política; é por isso determinado a controlá-lo, insere a produção jurídica entre seus instrumentos de poder e dela faz o objeto primário da sua atividade soberana." Ainda: Grossi (2003, p.27); Martins-Costa (1999, p.140-142).

submetia o poder político, pois, desse modo, limitar-se-ia a si mesmo (CAENEGEM, 2009, p.119). Daí a precisa elucidação de Pietro Costa (2008, p.237): "a tensão entre *voluntas* e *ratio* parece extinta na raiz do rigoroso monismo hobbesiano, que faz coincidir a ordem com as determinações do soberano." Sendo assim, se na Idade Média o direito existia independentemente dos comandos de autoridade, na modernidade o direito é produto de um "Deus fictício" (VILLEY, 2009, p.741). Sintetiza Paolo Grossi (1996, p.51-52):

La sociedad medieval es, de hecho, una sociedad sin Estado, donde, debido a la permanencia de este vacío político, el Derecho ve sublimada su función, se coloca en el centro de lo social, representa la constitución duradera más allá (y al abrigo) del carácter episódico de la política más elemental. Será el planeta moderno, a pesar de grandes hojas de higuera del iusnaturalismo de los siglos XVII y XVIII y de la codificación decimonónica, quien empobrezca el derecho, lo vincule y condicione por el poder, haga de él un instrumentum regni, lo separe en consecuencia de lo social.

Daí decorre a estatalidade do direito, lugar donde são extraídas as seguintes características: uma ordem jurídica nacional; emanada exclusivamente do Estado; divorciada de qualquer vínculo moral²⁹; legitimada pelas regras procedimentais e principalmente pela coatividade estatal (COMPARATO, 2006, p.353). A racionalidade moderna e consequentemente a segurança jurídica exigiam uma lei abstrata que contemplasse quaisquer situações concretas e, acima de tudo, que propiciasse ao juiz aplicá-la sem levar em conta as especificidades e características da situação examinada (MARINONI, 2006, p.28), ou seja, um trabalho hermenêutico marcado pela subsunção. Essa objetividade, típica do positivismo jurídico, foi assim traduzida por Michael Löwy (1989, p.36):

²⁹ Ensina Tércio Sampaio Ferraz Jr. (1994, p.66) que a partir do Renascimento "o direito irá perder, progressivamente, seu caráter sagrado. E a dessacralização do direito significará a correspondente tecnização do saber jurídico e a equivalente perda de seu caráter ético, que a Era Medieval cultuava e conservava. [...]. Os modernos pensadores não indagam mais, como os antigos, das relações morais do bem da vida, mas sim das suas condições efetivas e racionais de sobrevivência (cf. Habermas, 1972:56). [...]. Daí, consequentemente, o desenvolvimento de um pensamento jurídico capaz de certa neutralidade, como exigem as questões técnicas, conduzindo a uma racionalização e formalização do direito." Sendo assim, diz Fábio Konder Comparato (2006, p.353) que compete à ciência do direito "tão-só dizer o que o direito é, sem cuidar minimamente de dizer o que o direito deve ser" ou, em palavras diferentes, o positivismo cria "uma rígida separação entre direito e moral". Ainda Paolo Grossi (2006, p.88): "cada manifestação jurídica, contanto que fosse legislativa, contanto que fosse proveniente do órgão depositário da soberania estatal, era

A terceira conclusão, que é talvez a mais importante para a nossa discussão, é que da mesma maneira que as ciências da natureza são ciências objetivas, neutras, livres de juízos de valor, de ideologias políticas, sociais ou outras, as ciências sociais devem funcionar exatamente segundo esse modelo de objetividade científica. Isto é, o cientista social deve estudar a sociedade com o mesmo espírito objetivo, neutro, livre de juízo de valor, livre de quaisquer ideologias ou visões de mundo, exatamente da mesma maneira que o físico, o químico, o astrônomo, etc. [...]. Significa que a concepção positivista é aquela que afirma a necessidade e a possibilidade de uma ciência social completamente desligada de qualquer vínculo com as classes sociais, com as posições políticas, os valores morais, as ideologias, as utopias, as visões de mundo.³⁰

O Estado serviu como amálgama do racionalismo moderno ou, nas palavras de Luigi Ferrajoli (2010, p.801), foi "com a formação dos Estados nacionais e com o desenvolvimento das codificações, que se afirmou a forma e o monopólio estatal da produção jurídica, ou seja, o princípio de que são jurídicas todas e somente as normas produzidas pelo Estado." Com efeito, conforme se avançava em direção ao Estado moderno, a racionalização e a subsequente formalização do direito eram também intensificadas (VERDÙ, 2006, p.1), de modo que as primeiras codificações bem identificam esse momento.³¹ Sintetiza Judith Martins-Costa (1999, p.167):

tida como justa e passível de total obediência, quase como se o legislador fosse uma espécie de Midas, hábil a transformar em ouro tudo aquilo que tocava."

³⁰ Essa objetividade, decorrência do racionalismo inaugurado por Descartes (MORENTE, 1943, p.167-177; MÜLLER, 2009, p.123), antes limitada às ciências naturais ou físicas, é agora canalizada para as disciplinas filosóficas, políticas, jurídicas, éticas etc. Conforme observa António Manuel Hespanha (2003, p.210-211 e 238), o jusracionalismo moderno é de origem estoica, modelo filosófico que pode ser assim resumido: (i) há uma lei natural, eterna e imutável; (ii) tal lei está presente em todos e é por todos encontrada; (iii) este direito é constituído de normas precisas, por leis gerais, certas e claras, "de modo que não é necessário um técnico de direito para as interpretar." Continua: "Com o jusracionalismo realça-se, de facto, o carácter universal do direito. Ligada à <natureza humana> eterna e imutável, a regulamentação jurídica não depende de climas ou das latitudes." Em palavras diferentes, o jusracionalismo moderno pressupõe: generalidade, neutralidade, objetividade e segurança, de modo que o racionalismo no direito exprime-se, especialmente, pelo positivismo jurídico. Nessa perspectiva, o papel reservado ao juiz é tímido, isso porque apenas revela uma "vontade" já existente (cf. Escola da Exegese). Daí o sentido da hermenêutica tradicional ao sugerir que o intérprete deve buscar a "vontade da lei" (*mens legis*) ou a "vontade do legislador" (*mens legislatoris*) que, obviamente, não deixa de ser a vontade do próprio Estado.

³¹ É aqui destacado o Código Civil napoleônico (1804), instrumento que, não obstante os princípios elaborados pelo Iluminismo, foi substancialmente influenciado pelo direito romano (DAVID, 2000, p.2). Diz Francisco Amaral (1998, p.118): "O Código Civil francês é o primeiro das codificações modernas. Promulgado em 21 de março de 1804, elaborou-o uma comissão formada por Napoleão Bonaparte e constituída por Portalis (1746-1807), Tronchet (1726-1806), Bigot de Préameneu (1747-1825) e Maleville, todos juristas práticos. O material com que seus autores trabalharam foram os costumes, o direito romano, recolhido por grandes jurisconsultos como Domat e Pothier, o mais importante jurista francês de sua época, as Ordenações Reais, as leis da Revolução e, ainda, secundariamente, a jurisprudência dos antigos parlamentos e o direito canônico. [...]. Sua

"O direito se faz lei, geral e abstrata, e a lei, ou direito, encontra a sua forma, o código, conjunto unitário de leis providas de uma só fonte, o Estado." Paolo Grossi (2003, p.76) fala de uma tríplice tendência do direito codificado: uma fonte jurídica unitária, completa e exclusiva. Sendo assim, a musculatura adquirida pelo Estado, aliada à insegurança ou flexibilidade próprias do pluralismo medieval³², estimulou o surgimento de um sistema jurídico menos sujeito às variáveis interpretativas e muito mais orgânico, submetido a axiomas e regras previamente formuladas, isto é, um organismo supostamente completo e isento de contradições. A codificação atendeu à desejada simplificação (TARELLO, 1976, p.35). Codificar, explica Pierre Bourdieu (2004, p.103), "significa acabar com o fluido, o vago, as fronteiras mal traçadas e as divisões aproximativas, produzindo classes claras, operando cortes nítidos, estabelecendo fronteiras bem definidas", percepção igualmente verbalizada por Clóvis Beviláqua (1956, p.9) quando da codificação civil brasileira:

As codificações, além de corresponderem às necessidades mentais de clareza e sistematização, constituem, do ponto de vista social, formações orgânicas do direito, que lhe aumentam o poder de precisão e segurança, estabelecendo a harmonia e a recíproca elucidação dos dispositivos, fecundando princípios e institutos que, no isolamento, se não desenvolveriam suficientemente,

influência foi notável. Além de adotado por alguns Estados, como a Bélgica, influenciou na elaboração dos Códigos Civis da Holanda, Romênia, Portugal, Mônaco, Egito, Baixo Canadá, Luisiana, e dos países da América Central e América do Sul." Anotou John Gilissen (2011, p.456): "Bonaparte teria dito em Santa Helena: <A minha glória não consiste em ter ganho quarenta batalhas... O que nada apagará, o que viverá eternamente, é o meu código civil>." Contudo, mais uma advertência se coloca: o Código napoleônico (1804) encerra um paradigma de codificação diferente do Código Civil alemão (1900), este considerado uma segunda codificação ou visto como uma nova sistematização (MENEZES CORDEIRO, 2012, p.xciii). Explica Judith Martins-Costa (1999, p.235): "A distinção mais relevante, [...] diz respeito com a estrutura do BGB, a qual importará em uma diversa metodologia. É que o Código Civil contempla uma 'Parte Geral', na qual os conceitos que devem vigorar em todo o direito – pessoa, personalidade, relação jurídica, pessoa jurídica, ato jurídico, bens, etc. – estão perfeitamente disciplinados. [...]. A importância da Parte Geral está em que assegura a unidade do código, permitindo que o direito – seguindo a tradição pandectista – seja construído de forma centralizada através da dedução lógica entre os conceitos gerais ali postos e os casos ou espécies tratados na Parte Especial, de maneira que, para além do indiscutível valor técnico, esta estrutura ainda se põe como metáfora expressiva de toda uma concepção de sistema." No mesmo sentido: David (1996, p.57); Wieacker (1967, p.543-554); Grossi (2003, p.79). Ainda sobre as causas dessa cisão: Menezes Cordeiro (1997, p.285-297); Tarello (1976, p.40).

³² Sobre essa incerteza, leciona Giovanni Tarello (1976, p.32-33): "*Tali inconvenienti (sia dei sistemi di diritto 'privato' sia dei sistemi 'penali') si riassumevano nell'estrema incertezza dei diritti di ciascuno, causata sia da frequenti dubbi soggettivi circa la legge regolatrice dei rapporti sia da oggettivi conflitti di competenza – positivi o negativi – tra sistemi de norme.*"

contendo, canalizando e orientando energias, que se poderiam prejudicar, na sua ação dispersiva.³³

Essa destacada prevalência do direito codificado, somada à embrionária supremacia e rigidez conferidas à Constituição, fez com que o constitucionalismo moderno ao menos na França (e nos países que sofreram a influência da Revolução) sucumbisse à legislação ordinária. Dito de outro modo, a Constituição foi neutralizada pela primazia da lei ou pela supremacia parlamentar (CANOTILHO, 2002, p.96; BAYÓN, 2009, p.286), constatação que sugere a seguinte comparação: em França, se o constitucionalismo teve destaque com a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão (1789) e com a respectiva Constituição (1791), esse ciclo foi substancialmente reduzido pela primazia e legitimidade conferidas ao Estado legicêntrico (expressão do *pactum unionis* e do *pactum subjectionis*).³⁴ Ao parlamento e à lei se atribuiu uma força originária, vertente que não só dificultou o controle de constitucionalidade das leis (ZAGREBELSKY, 1992, p.69), como também tornou censurável eventual controle judicial dessa constitucionalidade em solo francês (CAPPELLETTI, 1992, p.97). Ao contrário, no constitucionalismo estadunidense a lei encerra uma atividade delegada ou mesmo o exercício de um poder derivado (ZAGREBELSKY, 1992, p.70), perspectiva que atribuiu destaque à supremacia constitucional (*paramount law*) e confiou a

³³ A Inglaterra, em contrapartida, dada à unidade jurídica, centralização judiciária e homogeneidade da sua classe forense, já dispunha de um direito comum, baseado nos costumes judiciais, o que afastou a recepção do direito romano e a subsequente ideia de codificação (LOSANO, 2007, p.327). Em outras palavras, até o século XII, na Inglaterra, o direito assemelhava-se àquele desenvolvido no continente (a Inglaterra era também parte do Império Romano) e, por isso, é costume dizer que o *commow law* teve início com a sua ocupação pelos normandos em 1066, marco a partir do qual se desenvolveu o poder real e a jurisdição das novas Cortes Reais em oposição aos costumes locais. O direito aplicado por essas Cortes valia para todo o reino (*comune ley* ou *commow law*) e o procedimento era demasiadamente simples: por ordem escrita do rei (*writ*) o réu era intimado para comparecer em juízo. Contudo, esses *writs*, antes ilimitados, em decorrência de reivindicação dos feudatários foram restringidos por meio da *Provisions of Oxford* (1258) e do *Statute of Westminster II* (1285), oportunidade em que, paralelamente ao *commow law*, foi desenvolvido a *rules of equity* (julgamento por equidade), instrumento mais flexível e que não estava submetido àquelas restrições e, por isso, a pessoa que não fosse atendido pelas Cortes podia peticionar ao rei, fonte da justiça, que decidiria por intermédio de sua Chancelaria. Daí a concomitância de dois sistemas: do *commow law* e da *rules of equity*, cuja fusão ocorreu no séc. XIX (*Judicature Acts* de 1873 e 1875). (Cf. DAVID, 2000, p.1-15; TUCCI, 2004, p.149-155; BERGEL, 2006, p.64-67; LOSANO, 2007, p.329-332; GILISSEN, 2011, p.207-220 e 448-449).

³⁴ Diz Paolo Grossi (2008, p.4): "De fato, é exatamente naqueles anos que, em meio a muitas mitologias laicas inauguradas pela Revolução de 1789, destaca-se claríssima a legislativa: a lei, isto é, a expressão da vontade do poder soberano, é axiomáticamente identificada na expressão da

guarda da Constituição ainda que implicitamente ao Poder Judiciário (*judicial review of legislation*).³⁵ Eis as explicações de Dalmo de Abreu Dallari (2010, p.219):

Os primeiros constituintes franceses definiram e consagraram, no final do século XVIII, um modelo de Constituição que foi tomado como parâmetro pelos movimentos ditos liberais, que eclodiram no século XIX em várias partes do mundo, podendo por isso ser identificado como modelo *constitucional francês*. Nesse modelo, longe de ser concebida como norma jurídica superior, a Constituição é, antes de tudo, um documento de natureza política. Ficando fora do âmbito do sistema jurídico-normativo, que é a esfera da lei, a Constituição não é concebida como a base do sistema jurídico, mas interessa ao direito como fator de garantia, na medida em que define a organização do poder do Estado, impedindo a concentração do poder político e proibindo sua interferência na liberdade individual. Mas a Constituição, nesse modelo, não é a base do sistema jurídico nem é norma jurídica superior, ficando adstrita à organização do setor público, sem qualquer interferência na esfera jurídica privada, governada por princípios e normas que lhes são próprios. Essas características podem ser claramente identificadas na origem da história constitucional francesa, tendo perdurado até a segunda metade do século XX.³⁶

vontade geral, transformando-a dessa forma no único instrumento produtor do direito merecedor de respeito e de obséquio, objeto de culto enquanto lei e não pela respeitabilidade de seu conteúdo."

³⁵ Nesse contexto, a lembrança da importante decisão proferida por John Marshall no caso *Marbury v. Madison* de 1803 (BARROSO, 2011b, p.25-32; BITTENCOURT, 1997, p.12-25; CAENEDEM, 2009, p.194-200; ENTERRÍA, 1991, p.55). Essa foi a primeira decisão, explica Dalmo de Abreu Dallari (2010, p.280), "que afirmou expressa e solenemente a competência da Suprema Corte para decidir sobre a constitucionalidade dos atos das autoridades supremas da República, dando a essa decisão efeitos práticos de caráter geral e incorporando esse poder de controle às peculiaridades do modelo americano de Constituição." Mauro Cappelletti (1992, p.58), após destacar os importantes contornos dessa decisão, sugere que as premissas do raciocínio podem ser encontradas nas lições do Sir. Edward Coke (falecido em 1634), para quem "tão-só os juizes podiam exercitar aquele poder (controle de constitucionalidade), sendo instruídos na difícil Ciência do Direito." R. C. Caenegem (2009, p.47) estabelece semelhante resgate histórico: "Em Inglaterra, os *commow lawyers* acrescentaram ao debate uma nota importante e inédita. O seu grande momento surgiria no século XVII, quando a luta entre o absolutismo de Stuart e o Parlamento dividiu o país. Entre as vozes mais importantes que se fizeram ouvir durante o conflito encontravam-se as de Sir Edward Coke (m. 1634), provavelmente o mais qualificado magistrado de sua época, [...]. Uma das suas proposições mais retida era a de que ninguém – e em especial a coroa, mas também o Parlamento – estava acima do *commow law*, e que era competência dos juizes determinar se um determinado *Act of Parliament* estava em contravenção com os princípios fundamentais do direito comum." Por fim, é possível dizer que o esboço do controle de constitucionalidade americano já estava delineado no *Federalist papers*, artigo n.º 78, de Alexandre Hamilton (1788). Eis a literal redação: "Uma constituição é, de fato, a lei básica e como tal deve ser considerada pelos juizes. Em consequência cabe-lhes interpretar seus dispositivos, assim como o significado de quaisquer resoluções do Legislativo. Se acontecer uma irreconciliável discrepância entre estas, a que tiver maior hierarquia e validade deverá, naturalmente, ser a preferida; em outras palavras, a Constituição deve prevalecer sobre a lei ordinária, a intenção do povo sobre a de seus agentes."

³⁶ A Europa desenvolverá a supremacia da Constituição e o respectivo controle de constitucionalidade após a Primeira Grande Mundial (Áustria e Tchecoslováquia), mas, sabidamente, é com a redemocratização dos estados europeus que tal concepção surgirá como "natural" após a Segunda

Na Europa continental o equilíbrio entre poder e direito subiu de degrau com a idealização do Estado de direito constitucional³⁷, arquitetura que a um só tempo autolimitou o Estado e submeteu a lei ao controle de constitucionalidade³⁸, isso com substancial intensificação a partir da Segunda Guerra Mundial. Nesse panorama, a lei e o código já não desfrutavam de semelhante carisma.³⁹ Ensina Pietro Costa (2010, p.67): "A ideia de hierarquia das normas está então completamente delineada e, por consequência – e este é o segundo ponto – torna-se possível estender o controle àquele *sancta sanctorum* – a lei como expressão da soberania parlamentar – até o

Grande Guerra. Salvo exceções, será recepcionado o modelo concentrado de constitucionalidade elaborado por Hans Kelsen (ENTERRÍA, 1991, p.56), com a subsequente contemplação das Cortes e Tribunais Constitucionais (FAVOREU, 2004, p.59-91 e p.103-112). Então, é correto afirmar que o impacto do constitucionalismo se fez mais sensível onde representou verdadeira novidade, ou seja, nas culturas jurídicas de caráter estatista e legicêntrico (FIGUEROA, 2009a, p.162).

³⁷ Segundo R. C. van Caenegem (2009, p.33) "alguns académicos distinguem entre *Rechtsstaat* e *Verfassungsstaat* ('Estado de direito' e 'Estado constitucional'). O último refere-se às liberdades específicas asseguradas pela Constituição, o primeiro ao dever que os governantes têm de actuar em constante observação da legalidade. Como isto implica que devem respeitar os direitos e liberdades individuais, pode afirmar-se que o *Verfassungsstaat* se encontra compreendido na noção mais geral de *Rechtsstaat*." Discorre, ainda, sobre o primado do direito, desenvolvendo-o sob três importantes linhas: (i) a luta política; (ii) as obras dos juristas; e (iii) os tratados teóricos políticos (CAENEKEN, 2009, p.35-39). Sendo assim, o *Rechtsstaat* alemão não nasce da legalidade estatal, mas, ao contrário, "é fruto de uma elaboração jurídico-doutrinária a partir de textos histórico-jurídicos", característica que carregará importantes consequências: o *Rechtsstaat* alemão abre-se à supralegalidade, perspectiva que será institucionalizada pelo Tribunal Constitucional (MITIDIERO, 2007, p.22).

³⁸ Pietro Costa (2008, p.252) bem sintetiza a domesticação estatal sob a perspectiva de Hans Kelsen. Diz ele: "Conceber 'dinamicamente' o ordenamento jurídico retira da lei o seu primado oitocentista e a trata como um dos muitos degraus dos quais se compõe o ordenamento: se se olha para baixo, consegue-se ver normas 'individuais' que 'aplicam' a lei e se se olha 'para cima', dá-se conta de que a lei não é o vértice do sistema, mas é, por sua vez, a aplicação de uma norma superior, a norma constitucional. O resultado desta afirmação é de notável importância. Se a lei aplica a constituição como o regulamento aplica a lei, torna-se possível um controle jurisdicional da lei, voltado a apurar a sua conformidade com a constituição, exatamente como se dá com o regulamento e com a sentença, no confronto com a norma a eles superior (a lei). Graças à *Stufenbautheorie*, o intangível *sancta sanctorum* da tradição oitocentista – a lei como expressão da soberania popular – é submetido ao exame de um órgão judiciário. Não apenas a administração, mas também a legislação, é manifestação de um Estado *sub lege*. Com o kelseniano Estado de direito constitucional, a tensão sete-oitocentista entre poder e direito (e direitos) parece encontrar uma solução pontual."

³⁹ Embora seja mais visível o movimento antiestatalista, como resposta à exacerbação levada a efeito pelos regimes totalitários, fato é que essa reação é histórica e contínua. Explica António Manuel Hespanha (2009, p.26-28 e 59-60): "Durante os últimos 200 anos, este movimento anti-estatalista não deixou de se fortalecer, insistindo alternadamente nos seus vários argumentos. Os regimes políticos dos meados do séc. XX (fascismos, nazismo, bolchevismo), identificando o direito com leis e com a autoridade totalitária do Estado, foram apenas a cereja no topo do bolo. A partir daí, mesmo depois de se terem restabelecido as democracias na maior parte da Europa ocidental, uma concepção legalista do direito passou a ser suspeita de trazer consigo novos riscos de absolutismo legalista e de totalitarismo do Estado."

momento intangível." O constitucionalismo do segundo Pós-Guerra, convencido da supremacia e da rigidez constitucional, para além do controle de constitucionalidade daí decorrente, ampliou o catálogo dos direitos fundamentais (ANDRADE, 1983, p.30) e, via positivação dos princípios jurídicos, ainda reduziu a distância entre direito e moral^{40,41}; reaproximação encarada como importante alternativa à histórica disputa entre juspositivismo e jusnaturalismo (FIGUEROA, 2009b, p.225). Diz Gustavo Zagrebelsky (1992, p.123): "*Il secondo aspetto saliente del costituzionalismo del nostro tempo è la determinazione, attraverso norme costituzionali, di principi materiali di giustizia destinati a informare di sé l'intero ordine giuridico.*"

Nessa quadra, não obstante a flexibilidade ou plasticidade dessas construções, são os princípios constitucionais que, de dentro do ordenamento, indicam as formas e a direção dessa transformação (COSTA, 2008, p.258), seja pela óptica da normatividade

⁴⁰ Logo após a Segunda Guerra Mundial (e as razões são conhecidas) o direito natural experimentou substancial revivificação, notadamente a partir da "fórmula de Radbruch", para a qual, não obstante a prevalência do direito positivo, ele deve ceder quando da ostensiva negação da justiça. No entanto, interessante se apresenta o cotejo de duas importantes passagens de Radbruch. Numa primeira (1999, p.24), observou: "toda e qualquer lei, sem considerar a justiça de seu conteúdo, cumpre sua finalidade já por causa de sua mera existência: ao pôr fim à querela de opiniões legais divergentes, cria *segurança jurídica*. [...]. Afirmar a primazia incondicional da justiça perante a segurança jurídica, desprezar o direito positivo, leva ao anarquismo." Noutra (1979, p.415-418), seguida dos horrores do holocausto, consignou: "A lei é a lei, diz o jurista. [...]. A lei vale por ser lei sempre que, como na generalidade dos casos, tiver do seu lado a força para se fazer impor. Esta concepção da lei e sua validade, a que chamamos Positivismo, foi a que deixou sem defesa o povo e os juristas contra as leis arbitrárias, mais cruéis e mais criminosas. Torna equivalentes, em última análise, o direito e a força, levando a crer que só onde estiver a segunda estará também o primeiro. [...], a imperfeição humana não consente que sempre e em todos os casos se combinem harmoniosamente nas leis os três valores que todo o direito deve servir: o bem comum, a segurança jurídica e a justiça. Será, muitas vezes, necessário ponderar se a uma lei má, nociva ou injusta, deverá ainda reconhecer-se validade por amor da segurança do direito; ou se, por virtude da sua nocividade ou injustiça, tal validade lhe deverá ser recusada. Mas uma coisa há que deve estar profundamente gravada na consciência do povo e de todos os juristas: pode haver leis tais, com um tal grau de injustiça e de nocividade para o bem comum, que toda a validade e até o carácter de jurídicas não poderão jamais deixar de lhes ser negados."

⁴¹ Eis as considerações de Luís Roberto Barroso (2008, p.28): "A aproximação quase absoluta entre Direito e norma e sua rígida separação da ética não correspondiam ao estágio do processo civilizatório e às ambições dos que patrocinavam a causa da humanidade. Por outro lado, o discurso científico impregnara o Direito. Seus operadores não desejavam o retorno puro e simples ao jusnaturalismo, aos fundamentos vagos, abstratos ou metafísicos de uma razão subjetiva. Nesse contexto, o pós-positivismo não surge com o ímpeto da desconstrução, mas como uma superação do conhecimento convencional. Ele inicia sua trajetória guardando deferência ao ordenamento positivo, mas nele reintroduzindo as ideias de justiça e legitimidade. O constitucionalismo moderno promove, assim, uma volta aos valores, uma reaproximação entre ética e Direito. Para poderem beneficiar-se do amplo instrumental do Direito, migrando da filosofia para o mundo jurídico, esses valores compartilhados por toda a comunidade, em dado momento e lugar, materializam-se em princípios, que passam a estar abrigados na Constituição, explícita ou implicitamente."

(ENTERRÍA, 1991, p.68), seja pela preservação do âmbito "não decidível" desses preceitos (BAYÓN, 2009, p.304). A Constituição é norma jurídica que a todos vincula.⁴² A legislação ordinária não mais a sobrepõe, de modo que essa força nem mesmo sucumbe à omissão do legislador (é possível se falar em aplicação imediata das normas constitucionais, independentemente de mediação legislativa ou quando deficitária a regulamentação infraconstitucional), o que igualmente estreita as fronteiras entre direito e política (PICARDI, 2008, p.5-8). Explica Clèmerson Merlin Clève (2000, p.22): "a Constituição opera força normativa, vinculando, sempre, positiva ou negativamente, os poderes públicos. Os cidadãos têm, hoje, acesso direto à normativa constitucional, inclusive para buscar proteção contra o arbítrio ou a omissão do Legislador." Então, incentivado por uma expansiva jurisdição constitucional⁴³ e sem olvidar do delineamento de uma nova hermenêutica (CARBONELL, 2010, p.155-156), esse panorama deu lugar ao neoconstitucionalismo⁴⁴ ou neoconstitucionalismos⁴⁵,

⁴² Explica Riccardo Guastini (2009, p.53): *"En suma, según ciertas doctrinas, las Constituciones no son más que un <manifiesto> político cuya concretización es tarea exclusiva del legislador: los tribunales no deben aplicar las normas constitucionales – carentes de cualquier efecto inmediato – sino sólo las normas que se recogen por las leyes. Pues bien, uno de los elementos esenciales del proceso de constitucionalización es precisamente la difusión, en el seno de la cultura jurídica, de la idea opuesta, es decir, de la idea de que toda norma constitucional – independientemente de su estrutura o de su contenido normativo – es una norma jurídica genuina, vinculante y susceptible de producir efectos jurídicos."* Ainda Ariza (2009, p.240-241): *"En mi opinión, las repercusiones más importantes que van a ocasionar estas Constituciones que aparecen en la segunda mitad del siglo XX tienen que ver sobre todo: 1) con su condición normativa garantizada [...]. Con lo primero se alude a que el proceso de normativización de la Constitución logró superar todos los obstáculos (entre ellos se suelen citar la resistencia del principio monárquico, la concepción rousseauiana de la ley e la noción de Constitución del liberalismo decimonónico) y, finalmente, dejó de ser considerada una norma con un valor meramente programático o como un conjunto de recomendaciones u orientaciones dirigidas al legislador, para consolidar su valor normativo y operar como una auténtica norma jurídica con eficacia directa e inmediata."*

⁴³ O termo, notadamente no sistema jurídico brasileiro, compreende o poder exercido por juízes e tribunais no tocante à aplicação direta da Constituição; o exercício do controle de constitucionalidade de leis e atos normativos; e, ainda, a interpretação do ordenamento infraconstitucional à luz da Constituição (BARROSO, 2011b, p.359).

⁴⁴ Algumas outras expressões são utilizadas para identificar esse fenômeno: "constitucionalismo contemporâneo"; "constitucionalismo avançado"; ou "constitucionalismo de direitos" (ARIZA, 2009, p.239; MAIA, 2009, p.146). Lenio Luiz Streck (2011, p.37) observa que "a ideia de *neoconstitucionalismo* pode dar margem ao equívoco de que esse movimento leva à superação de um outro constitucionalismo (fruto do limiar da modernidade). Na verdade, o Constitucionalismo Contemporâneo (expressão preferida pelo autor) conduz simplesmente a um processo de continuidade com novas conquistas, que passam a integrar a estrutura do Estado Constitucional no período posterior à Segunda Guerra Mundial." Contudo, parece que o prefixo "neo" guarda uma dose de razão. Ora, se a limitação do poder político, aliada ao catálogo de direitos fundamentais, não sugere novidade (são típicos do constitucionalismo moderno), fato é que algumas nuances da inaugurada concepção realmente surpreendem, o que – dentre outros pontos – pode ser exemplificado pela força normativa

movimento que, além do prestígio atribuído às Constituições escritas, muito se preocupa com a plena efetivação dos direitos e garantias fundamentais, cuja defesa, então deferida à legislação infraconstitucional, restou negligenciada (POZZOLO, 2009, p.188). Com efeito, sólida na superação do positivismo legalista e confiante na ideia de normatividade constitucional (os princípios e as regras constitucionais são normas jurídicas), essa concepção, se já não alcança consenso sobre a terminologia empregada, muito menos sugere convergência quanto aos seus reais contornos.⁴⁶ Contudo, explica Luís Roberto Barroso (2009, p.58-59) que é possível reconstituir a sua trajetória levando em conta três pontos fundamentais⁴⁷: o histórico, o filosófico e o teórico.

atribuída aos princípios e pela sua aplicação independentemente de mediação legislativa. Vislumbra-se, aqui, evidente protagonismo judicial na densificação do texto constitucional, postura até pouco tempo hostilizada pelo Judiciário.

- ⁴⁵ Miguel Carbonell (2009, p.9) ressalta que as modificações operadas sobre o modelo de Estado constitucional são de tal ordem que se pode falar em Estado neoconstitucional ou, ao menos, em vários neoconstitucionalismos. Alerta, mais, que não se trata de modelo consolidado ou, quiçá, de modelo passível de estabilização no curto prazo, dados os reconhecidos problemas internos (e.g. a forte intervenção judicial). Para uma crítica ao(s) neoconstitucionalismo(s), por todos, Humberto Ávila (2009, p.1-19): "Se verdadeiras as conclusões no sentido de que os seus fundamentos não encontram referibilidade no ordenamento jurídico brasileiro, defendê-lo direta ou indiretamente, é cair numa invencível contradição performática: é defender a primazia da Constituição, violando-a. O 'neoconstitucionalismo', baseado nas mudanças antes mencionadas, aplicado no Brasil, está mais para o que se poderia denominar, provocativamente, de uma espécie enrustida 'não-constitucionalismo': um movimento ou uma ideologia que barulhentemente proclama a supervalorização da Constituição enquanto silenciosamente promove a sua desvalorização."
- ⁴⁶ Eduardo Ribeiro Moreira (2008, p.43-52) relaciona algumas importantes posições existentes entre as perspectivas positivistas e neoconstitucionalistas: (i) positivismo exclusivo; (ii) positivismo inclusivo; (iii) neoconstitucionalismo teórico; e (iv) neoconstitucionalismo total. O primeiro decorre da concepção de H. Kelsen, uma vez que balizado na completa separação entre direito e moral (neutralidade do observador). Não há destaque para os princípios jurídicos; o segundo – dito moderado ou inclusivo – é extraído das lições de H. Hart, para quem a relação entre direito e moral é apenas contingente. Os princípios jurídicos, embora considerados, o são sob um prisma residual ou supletivo. O terceiro, inicialmente denominado pós-positivismo, incorpora as seguintes características: parte da conexão entre o direito e a moral, embora tal medida não seja consenso entre os seus adeptos, ao passo que trabalha o direito em um sistema de regras e princípios. O último estabelece uma estreita conexão entre direito e moral (pela via dos princípios, inclusive implícitos). Trabalha a pretensão de correção, argumentativamente justificada, com critérios do direito (integridade e coerência).
- ⁴⁷ Há outras importantes variantes dessa trajetória. Paolo Comanducci (2009, p.75-98), inspirado pelos três aspectos do positivismo jurídico edificado por Norberto Bobbio (1965, p.39-49), estabelece a seguinte classificação: neoconstitucionalismo teórico, ideológico e metodológico. O primeiro, como teoria do direito, enxerga o neoconstitucionalismo como um sistema jurídico caracterizado pela (i) posituação de um catálogo de direitos fundamentais; pela (ii) presença, na Constituição, de princípios e regras; e (iii) por algumas peculiaridades na interpretação e aplicação das normas constitucionais. O segundo aspecto, ao contrário do constitucionalismo moderno, cujo objetivo era a limitação do poder estatal, põe em primeiro plano a garantia e concretização dos

O histórico, na Europa continental, foi o advento do constitucionalismo do segundo Pós-Guerra (Itália, 1947; Alemanha, 1949; Portugal, 1976; Espanha, 1978), ao passo que no Brasil ele está ligado à Constituição Federal de 05 de outubro de 1988, instrumento que consolida a redemocratização do país e cria, entre nós, um sentimento constitucional.⁴⁸ O filosófico, que para alguns reflete o verdadeiro sentido do neoconstitucionalismo (MAIA, 2009, p.143), apresenta-se pela alternativa colocada entre juspositivismo e jusnaturalismo, ou seja, sem desprezar as conquistas daquele (clareza, certeza e objetividade), a sua separação da moral é criticada e, pela via dos princípios constitucionais, são os valores reintroduzidos na interpretação (pós-positivismo).⁴⁹ Anota Alfonso García Figuerola (2009a, p.179) que *"si existen principios en el Derecho, entonces existe una relación conceptual necesaria entre Derecho y moral."* O teórico envolve três mudanças: (i) é pressuposta a normatividade da Constituição (regras e princípios são normas jurídicas); (ii) é reconhecida a expansão da jurisdição constitucional; e (iii) é estabelecida uma nova hermenêutica, consubstanciada na ponderação e no uso da argumentação jurídica, premissas que convergem para uma importante conclusão: o fortalecimento do Judiciário.⁵⁰

direitos fundamentais. O terceiro, agora em contraponto ao positivismo metodológico, ressalta que os princípios constitucionais e os direitos fundamentais estabelecem uma conexão necessária entre o direito e a moral. O autor critica algumas nuances neopositivistas, sendo que as mais incisivas críticas são dirigidas ao neoconstitucionalismo metodológico, em especial por não existir uma homogeneidade moral. Carla Faralli (2006, p.11-12) sintetiza esse caminho com base na análise de Alexy e Dreier, sem não antes demonstrar que a visão neoconstitucionalista foi antecipada pelas lições de Ronald Dworkin, notadamente pela ideia de "direito como integridade". Elenca três aspectos principais: (i) a defesa da conexão entre direito e moral à luz dos princípios constitucionais; (ii) o desenvolvimento de novas formas decisórias (ponderação de princípios, *balancing*); e (iii) o papel decisivo dos juízes na execução dos princípios e direitos constitucionais.

⁴⁸ Pablo Lucas Verdù (2006, p.75) observa que "o sentimento constitucional consiste na adesão interna às normas e instituições fundamentais de um país, experimentada com intensidade mais ou menos consciente porque estima-se (sem que seja necessário um conhecimento exato de suas peculiaridades e funcionamento) que são boas e convenientes para a integração, manutenção e desenvolvimento de uma justa convivência."

⁴⁹ Esse termo (pós-positivismo) não guarda relação com a noção de sociedade pós-moderna (MAIA, 2009, p.120; MOREIRA, 2008, p.20) e, entre nós, foi utilizado inicialmente por Paulo Bonavides (2001, p.237), ao registrar que a terceira fase da teorização dos princípios "é a do pós-positivismo, que corresponde aos grandes momentos constituintes das últimas décadas deste século. As novas Constituições promulgadas acentuam a hegemonia axiológica dos princípios, convertidos em pedestal normativo sobre o qual assenta todo o edifício jurídico dos sistemas constitucionais."

⁵⁰ Nicola Picardi (2008, p.1-2), sobre a formação e o desenvolvimento dos ordenamentos jurídicos, observa: "No início do século XIX, Friedrich K. von Savigny, com uma feliz expressão, falou de 'vocação' do seu tempo para a legislação e a ciência jurídica. No século XX, ao fim dos anos trinta, Mariano D'Amelio retoma tal expressão em um conhecido ensaio sobre a vocação do século XX

O Judiciário não mais se limita a revelar a vontade do legislador e nem mesmo a sua atividade se esgota na declaração de inconstitucionalidade da lei ou ato normativo (legislador negativo). É comum, na atualidade, não só a releitura dos diplomas infraconstitucionais à luz da Constituição (SCHIER, 1999, p.101-109), mas também a provocação do Judiciário para aplicar diretamente as suas prescrições (por exemplo, as normas definidoras de direitos fundamentais, independentemente se exteriorizadas por regras ou princípios, são de incidência imediata). Em palavras diferentes, ensina Paulo Gustavo Gonet Branco que "os juízes podem e devem aplicar diretamente as normas constitucionais para resolver os casos sob a sua apreciação" (BRANCO; COELHO; MENDES, 2010, p.328). Sendo assim, a densificação ou a concretização da norma constitucional é deferida ao Judiciário, intensificando-se a tarefa interpretativa do juiz. O direito já não antecipa todas as soluções, de modo que o juiz é um personagem dividido: "uma parte está presa à metafísica dos valores por si representados ou pelo menos pela sua sociedade; a outra parte representa um ser agnóstico secularizado em busca de uma decisão social e legalmente aceite." (STOLLEIS, 2007, p.33). E dessa exposição judicial, da estreita relação entre direito e política, ressurgem a discussão sobre a falta de legitimação democrática do Judiciário (FIGUEROA, 2009a, p.167).⁵¹ Explica Manuel Atienza (2010b, p.111):

La tensión, naturalmente, se acentua cuando los limites constitucionales al poder del legislador – como ocurre en el Estado constitucional – no son únicamente formales y procedimentales, sino también de carácter sustantivo y aparecen plasmados no en la forma específica y relativamente cerrada de las reglas, sino en la imprecisa y abierta de los principios.

Essas leituras, ao passo que não são negadas pela Constituição brasileira⁵², ainda são por ela incentivadas, pois, detalhista como é, sugere que uma gama

para a codificação; mas, ao final dos anos setenta, Natalino Irti falará da época da descodificação. Ao início do século XXI, a situação parece enfim diferente e mais complexa. Poderíamos sintetizá-la falando de vocação do nosso tempo para a jurisdição e a doutrina jurídica."

⁵¹ O tema não é novo, merecendo destaque a polêmica que envolveu Carl Schmitt (2007, p.228) e Hans Kelsen (2003, p.240) sobre a guarda da Constituição.

⁵² Daniel Sarmento (2010, p.247-249) examina o desenvolvimento do neoconstitucionalismo brasileiro, destacando, desde logo, dois momentos: (i) o constitucionalismo da efetividade; e (ii) o pós-positivismo constitucional. O primeiro trabalhou a Constituição como norma jurídica. Diz o autor: "Para o constitucionalismo da efetividade, a incidência direta da Constituição sobre a realidade social, independentemente de qualquer mediação legislativa, contribuiria para tirar do papel as

substancial dos conflitos transcenda à esfera constitucional. Nessa esteira, portanto, pode-se afirmar que o neoconstitucionalismo (i) inaugura a superação do paradigma legalista (reintrodução dos valores por meio dos princípios constitucionais); (ii) sugere que no centro do ordenamento jurídico está a Constituição; e (iii) incentiva uma maior abertura à interpretação, isso como reflexos diretos na criatividade judicial⁵³, surgindo daí a relevância do estudo dos princípios constitucionais na solução dos casos concretos, com especial destaque à densificação e ao controle das decisões judiciais baseadas nessa espécie normativa. Diz Santiago Sastre Ariza (2009, p.241): *"la función jurisdiccional ya no puede responder a un modelo cognoscitivista y deductivista de aplicación de la ley [...], ya que los preceptos constitucionales dejan un amplio margen de actuación."*

Desse modo, feitos esses contornos, a tese sugere uma metodologia mínima na densificação das decisões judiciais que aplicam diretamente princípios constitucionais explícitos ou implícitos, metodologia acrescida de um controle mais efetivo dessas justificações; detalhadamente, ela reclama por um controle de constitucionalidade das decisões judiciais que, nas hipóteses de ausência ou deficitária mediação legislativa, aplicam diretamente essas prescrições. Significa dizer: se é inevitável falar numa revalorização do momento jurisprudencial do direito; se a jurisdicionalização dos direitos longe de se apresentar conjuntural, coloca-se numa perspectiva de longa duração (PICARDI, 2008, p.10-12); é relevante pensar no controle das decisões judiciais,

proclamações generosas de direitos contidas na Carta de 88, promovendo justiça, igualdade e liberdade. Se, até então, o discurso da esquerda era de desconstrução da dogmática jurídica, a doutrina da efetividade vai defender a possibilidade de um uso emancipatório da dogmática, tendo como eixo a concretização da Constituição." O segundo momento está ligado à recepção das teorias pós-positivistas, com discussões sobre eficácia dos direitos fundamentais; ponderação de interesses; e incidência do princípio da proporcionalidade.

⁵³ Eis as palavras de Carlos Alberto Alvaro de Oliveira (2012, p.316): "o momento atual aponta a um novo caminho: deve ser reconhecido igualmente o papel *normativo*, constitutivo, da decisão judicial, que opera mediante franca outorga de sentido a proposições textuais e elementos não textuais da ordem jurídica e, com isso promove a verdadeira *reconstrução* da ordem jurídica pelo processo." Aliás, outra não foi a percepção de Karl Engisch (2008, p.207): "As leis, porém, são hoje, em todos os domínios jurídicos, elaboradas por tal forma que os juízes e os funcionários da administração não descobrem e fundamentam suas decisões tão-somente através da subsunção a conceitos jurídicos fixos, a conceitos cujo conteúdo seja explicitado com segurança através da interpretação, mas antes são chamados a valorar autonomamente e, por vezes, a decidir e a agir de um modo semelhante ao do legislador."

notadamente por conta dos perigos decorrentes de um poder não controlado (POPPER, 1998, p.135).⁵⁴

2.1 PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS: PRÉVIOS APONTAMENTOS

Uma das autorizadas leituras do fenômeno jurídico contemporâneo é propiciada pela conjugação de princípios e regras constitucionais como componentes de um sistema normativo hierarquicamente superior (CANOTILHO, 2002, p.1143), de um sistema que, embora edificado sobre terreno que se achega à contradição, as sociedades democráticas do segundo Pós-Guerra (CITTADINO, 2009, p.77-78), ainda assim reivindica coerência.⁵⁵ Ao lado das regras, os princípios jurídicos foram inseridos no conceito de norma (item 2.1.3), reenquadramento que, somado à positivação desses preceitos em sede constitucional, não apenas revela uma vistosa feição do direito contemporâneo, como, de arrasto, também expõe o positivismo jurídico legalista à parcial superação. Diz Carla Faralli (2006, p.11): "a principal característica das teorias constitucionalistas consiste no reconhecimento do aumento da complexidade da estrutura normativa dos sistemas constitucionais contemporâneos", sofisticação que a professora da Universidade de Bolonha imputa à introdução dos princípios

⁵⁴ Diz Antonio Cavalcanti Maia (2008, p.231): "Merece também que fique aqui consignado o alerta: o principal 'obstáculo' posto no horizonte dessa nova configuração teórica (neoconstitucionalismo) e de sua implementação em nossa cultura jurídica reside no alargamento dos poderes dos juízes. Como este alargamento da discricionariedade não se transformará em arbítrio? De que forma entender a tradicional estrutura da divisão de poderes tendo agora como referência, dentro do paradigma neoconstitucionalista, Cortes Constitucionais que funcionam de fato como legisladores intersticiais? Estaremos condenados ao subjetivismo ou ao decisionismo judicial? Serão, como sugere Calsamiglia, os tribunais constitucionais os déspotas esclarecidos do século XXI?"

⁵⁵ A tese está relacionada ao controle de constitucionalidade das decisões judiciais pautadas em princípios constitucionais aplicáveis (às situações concretas) independentemente de mediação legislativa ou quando deficitária a densificação infraconstitucional. Então, se a concretização dessas normas jurídicas é o elemento significativo da proposta, justifica-se o corte metodológico empregado (a Constituição como uma conjugação de princípios e regras jurídicas). Aliás, não parece ter sido outro o fundamento utilizado por Otto Bachof (2009, p.38) quando, relativamente ao estudo das normas constitucionais inconstitucionais, assim consignou: "A discussão sobre a possibilidade da ocorrência de normas constitucionais inconstitucionais pressupõe um entendimento acerca do conceito de Constituição. Como aqui nos temos de ocupar com a constitucionalidade de normas jurídicas, podemos deixar de lado os significados atribuídos à palavra em que se entende por <Constituição> algo diferente de um sistema de normas jurídicas: pois, na verdade, uma norma só pode ser medida por normas, não por uma situação ou um processo evolutivo."

jurídicos na ordem constitucional e à subsequente distinção entre princípios e regras jurídicas. Daí uma advertência inicial: a concepção de princípio jurídico trabalhada na tese pressupõe reconhecimento pela Constituição, ainda que implicitamente, de modo que não alcança os princípios gerais do direito. Sendo assim, quando for utilizada a expressão princípio jurídico ou princípio constitucional, cogita-se de norma jurídica ostensivamente positivada ou incorporada à ordem jurídica pelo intérprete/aplicador, respeitando-se, à evidência, o programa normativo-constitucional.

Como antecipado, esses princípios foram positivados em Constituições que não hospedam apenas valores e interesses convergentes, mas, ao contrário, fruto de composições entre os mais variados segmentos sociais, elas recepcionam até mesmo valores e interesses que se antagonizam (BARROSO, 2011a, p.326)⁵⁶, tornando, destarte, previsível a reprodução desses desacordos na esfera judicial (item 2.3.1). Então, se antes a preocupação dos operadores jurídicos estava limitada à falta de normatividade desses preceitos, pois confinados à subsidiariedade ou tidos como meras exortações, hoje os problemas que desafiam o intérprete/aplicador dizem respeito às diferentes leituras por eles admitidas (ATIENZA, 2009, p.113), inclusive porque positivados em diploma de maior envergadura. Dito de outro modo, nas sociedades ideologicamente homogêneas, marcadas essencialmente por regras, os princípios jurídicos historicamente foram invocados na solução de eventuais contradições por elas experimentadas (LARENZ, 1983, p.551)⁵⁷ ou, quando muito, no

⁵⁶ No mesmo sentido: J. J. Gomes Canotilho (2002, p.1166): "O facto de a constituição constituir um sistema aberto de princípios insinua já que podem existir *fenómenos de tensão* entre os vários princípios estruturantes ou entre os restantes princípios constitucionais gerais e especiais. Considerar a constituição como uma ordem ou sistema de ordenação totalmente fechado e harmonizante significaria esquecer, desde logo, que ela é, muitas vezes, o resultado de um *compromisso* entre vários actores sociais, transportadores de ideias, aspirações e interesses substancialmente diferenciados e até antagónicos ou contraditórios." Ainda Luis Prieto Sanchís (2009, p.133-134): "*En cierto modo, ha quedado ya explicado el último de los rasgos antes enunciados: el neoconstitucionalismo no representa un pacto en torno a unos pocos principios comunes y coherentes entre si, sino más bien un pacto logrado mediante la incorporación de postulados distintos y tendencialmente contradictorios. [...] tal vez sea exagerar un poco, pero casi podría decirse que no hay norma sustantiva de la Constitución que no encuentre frente a sí otras normas capaces de suministrar eventualmente razones para una solución contraria.*"

⁵⁷ María Luisa Balaguer Callejón (1997, p.131-132), antes da abordagem voltada à normatividade dos princípios jurídicos, discorre sobre o papel historicamente desempenhado por esses comandos: "*Es común la doctrina que exclue a los principios generales del Derecho de las fuentes del Derecho. Desde una posición normativista estricta, los principios son considerados como realidades extrajurídicas que no pueden encuadrarse dentro del concepto de Derecho. Se trata de elementos con capacidad de influir en la producción del Derecho que no adquieren por ello la*

preenchimento das existentes lacunas, papel secundário ligado à incompletude dos ordenamentos jurídicos (GUASTINI, 2005, p.202-203); mas, nas sociedades democráticas, heterogêneas e plurais, os princípios constitucionais estão catalogados dentre as fontes formais do direito e, dados os contornos dessa modalidade normativa (item 2.2), é possível afirmar que eles já não aparam as arestas ou contradições, mas, antes, são os princípios jurídicos que intensificam as divergências. Eis as considerações de Gustavo Zagrebelsky (1992, p.169):

I principî costitutivi dell'ordinamento giuridico dipendono, nei loro contenuti, dal contesto culturale di cui sono parti. Essi esprimono grandi concetti dotati di grande valore come l'uguaglianza, la libertà, la giustizia, la solidarietà, la persona e la dignità umana, ecc. ma il contenuto di questi concetti, cioè la loro <concezione>, è oggetto di inesauste discussioni.

A ordem jurídica contemporânea compartilha princípios constitucionais contraditórios ou, ao menos, autorizam interpretações antagônicas de um mesmo princípio constitucional⁵⁸, de modo que a revelação do conteúdo desses preceitos fica reservada para as sucessivas fases de concretização, sejam elas legais ou judiciais, sujeitas, inclusive, às inevitáveis valorações morais. Nesse contexto, porque é cogitada da incidência *per saltum* dos princípios constitucionais, aplicação que independe de mediação legislativa ou mesmo é reivindicada nas hipóteses de deficitária densificação infraconstitucional, a fixação do conteúdo dessas normas sugere necessária sobrecarga da atividade judicial, perspectiva que desemboca numa

cualidad de elementos jurídicos en la medida en que no pueden integrarse dentro del concepto de norma. En efecto, si los principios se han incorporado a las normas escritas ya no son principios, sino normas y si no se incorporado, no pueden ser considerados como Derecho. Puesto que los principios no serían Derecho ni fuentes directas de aplicación del Derecho, se limitarían a operar como criterios de interpretación de las normas, del auténtico Derecho."

⁵⁸ Em relação ao caráter não absoluto dos princípios e valores, discorre Gustavo Zagrebelsky (1992, p.11 e 170): "La coesistenza di valori e principî, sulla quale, necessariamente, una costituzione oggi si deve fondare per poter rendersi non rinunciataria rispetto alle sue prestazioni di unità e integrazione e, al contempo, non incompatibile con la sua base materiale pluralista, richiede che ciascuno di tali valori e tali principî sia assunto in una valenza non assoluta, compatibile con quelli con i quali deve convivere. Carattere assoluto assume soltanto un meta-valore che si esprime nel duplice imperativo del mantenimento del pluralismo dei valori (per quanto riguarda l'aspetto sostanziale) e del loro confronto leale (per quanto riguarda l'aspetto procedurale). Queste sono, alla fine, le esigenze costituzionali supreme di ogni società pluralista che voglia essere e difendere se stessa. Qui l'intransigenza, non altro, deve valere e qui le antiche ragioni della sovranità hanno ancora pienamente da essere salvaguardate. [...]. La pluralità dei principî e dei valori cui rinviano à l'altra ragione di impossibilita di un formalismo dei principî. Essi non si strutturano, di regola,

"*omnipotencia judicial*" (SANCHÍS, 2009, p.132). Aliás, como decorrência do caráter não peremptório dessas normas, ao lado da subsunção, método delineado pelo positivismo jurídico para a aplicação de regras jurídicas, os princípios constitucionais ainda reclamam por ponderação ou sopesamento (ATIENZA, 2010b, p.96), metodologia mais exigente, na medida em que eventuais conflitos ocorrem para além do plano de validade (DWORKIN, 2002, p.42; ALEXY, 2008, p.94).

Desde logo, uma importante constatação: na concepção de Ronald Dworkin os princípios jurídicos foram concebidos para reduzir a discricionariedade judicial⁵⁹; os princípios jurídicos foram descortinados como mecanismo de neutralização da originalidade judicial defendida pelo positivismo jurídico de Herbert Hart (textura aberta das normas jurídicas)⁶⁰, investida, todavia, que não apenas encontra dificuldade no "fato do pluralismo", como também ainda depende de um juiz com poderes extraordinários (Hércules), um ser utópico, que não existe na realidade (OLIVEIRA, 2012, p.315). Então, na medida em que os princípios jurídicos revelam uma necessária conexão entre direito e moral (item 2.1.2), revelação não ofuscada pela positivação constitucional e subsequente normatividade a eles atribuída, é certo que numa sociedade heterogênea e plural a discricionariedade judicial só pode ser mitigada mediante uma mais intensa fundamentação. Diz María Luisa Balaguer Callejón (1997, p.52) que "*en el Estado constitucional adquiere especial importancia en la legitimación del poder judicial, la motivación de las resoluciones judiciales.*" Em termos específicos, se os princípios constitucionais contribuem à necessária

secondo una <gerarchia dei valori>. Se ciò avvenisse, si determinerebbe un'incompatibilità col carattere pluralistico della società, inconcepibile nelle condizioni costituzionali materiali attuali."

⁵⁹ Não são outras as considerações de Cláudio Michelin (2011, p.261): "A expressão 'princípio jurídico' tem tido uma presença frequente em decisões judiciais e na doutrina brasileiras. A expressão foi popularizada entre os profissionais e teóricos do direito no Brasil a partir de uma leitura direta ou, frequentemente, indireta de autores como Ronald Dworkin e Robert Alexy. Ironicamente, um conceito que foi originariamente elaborado como uma forma de estabelecer critérios de racionalidade que limitam a discricionariedade judicial é mais comumente associado no Brasil a um instrumento que permite ao juiz mais liberdade em relação à lei e ao direito posto. De fato, os princípios são muitas vezes utilizados por tribunais e doutrinadores como uma forma de eliminar dificuldades postas por regras complexas e/ou que destoam da concepção de justiça do juiz ou escritor."

⁶⁰ No cenário brasileiro, essa posição é sustentada por Lenio Luiz Streck (2011, p.57). O autor, ao sustentar a existência de um direito fundamental à resposta correta, lembra que os princípios jurídicos, na concepção de Ronald Dworkin, possibilitam o "fechamento interpretativo" e a subsequente blindagem contra as discricionariedades judiciais. Acrescenta, mais, que os

adaptabilidade do sistema (HESPANHA, 2009, p.154); se eles bem expressam uma das tendências do constitucionalismo contemporâneo (SANCHÍS, 2009, p.131); não se pode ignorar, como colateral efeito, uma visível e perigosa abertura hermenêutica daí decorrente, justificando-se, por isso, um controle efetivo das decisões judiciais (ao lado de uma metodologia mínima na densificação desses preceitos, é também preciso intensificar o controle interno das decisões judiciais, a ponto de estabelecer a adoção de um cauteloso sistema de precedentes). Eis as considerações de Luis Prieto Sanchís⁶¹ (2005, p.3 *apud* MAIA, 2008, p.232):

Pelo que se refere à discricionariedade, esta me parece inquestionável; no entanto ela deve ser referenciada ao marco do constitucionalismo e do consequente juízo de ponderação. Sem embargo, a tentação em pensar em controles externos – ou seja, políticos – deve ser rigorosamente excluída. Não cabe pensar em outros controles que não sejam os próprios do sistema judicial de recursos. E isso sim, em uma crescente e mais rigorosa cultura da motivação: as leis se legitimam pela autoridade da qual procedem; as sentenças só por suas boas razões.⁶²

princípios são "vivenciados" pela comunidade jurídica e, por conseguinte, são elevados ao *status* constitucional, donde advém o caráter deôntico dessas normas. Ainda: Streck (2012, p.29).

⁶¹ SANCHÍS, Luis Prieto. **Jueces y justicia en tempos de constitucionalismo**. Entrevista al professor Luis Prieto Sanchís realizada por Pedro P. Grández Castro. Toledo, 2005.

⁶² Em resposta às iniciativas "neoconstitucionalistas" patrocinadas pelo Supremo Tribunal Federal foi apresentada a PEC n.º 03/2011, de autoria do Dep. Nazareno Fonteles, no intuito de submeter o Judiciário à atividade fiscalizatória do Poder Legislativo. A proposta, em resumo, atribui nova redação ao art. 49, inc. V, da Constituição Federal, ao permitir que o Congresso Nacional possa "sustar os atos normativos de outros poderes que exorbitem do poder regulamentar ou dos limites de delegação legislativa", quando, atualmente, a permissão está limitada aos atos emanados do Poder Executivo. Ainda a PEC n.º 33/2011, também do Dep. Nazareno Fonteles, proposta que contempla, dentre outras importantes questões, as seguintes inovações: (i) um diferenciado quórum para a declaração de inconstitucionalidade de lei; e também para a edição de súmulas de efeitos vinculantes pelo Supremo Tribunal Federal; (ii) a vedação de imediata eficácia *erga omnes* e efeito vinculante à declaração de inconstitucionalidade, as quais deverão ser submetidas à apreciação do Congresso Nacional e (ou) à consulta popular; e (iii) ainda estabelece que as súmulas de efeitos vinculantes sejam submetidas à aprovação do Congresso Nacional.

2.1.1 Múltiplas classificações

Antes da distinção entre regras e princípios (item 2.2), oportunidade em que serão trabalhadas as principais características dessas espécies normativas, impõe-se o exame de algumas classificações que reafirmam o caráter polissêmico ou mesmo a versatilidade dos princípios jurídicos.⁶³ A escolha dos autores que seguem até poderia ser aleatória, isso por conta das múltiplas classificações existentes (CALLEJÓN, 1997, p.129), mas foram eles recolhidos no amplo universo neoconstitucionalista. Contudo, como advertido, embora alguns pontos identifiquem essa corrente, nem todos os assim chamados "neoconstitucionalistas" acabam por encampá-los integralmente (SANCHÍS, 2009, p.131). Talvez seja possível dizer que os únicos elementos realmente compartilhados estejam voltados à deferência concebida às Constituições democráticas do segundo Pós-Guerra e ao manifesto desejo de superação do positivismo legalista, superação articulada pela inserção dos princípios jurídicos no âmbito das fontes primárias do direito, agora com inevitável fortalecimento da atividade judicial.

Riccardo Guastini (2005, p.186-191) elenca os parâmetros que usualmente são utilizados na caracterização dessas normas: (i) os princípios ocupam um lugar de destaque na ordem jurídica, na medida em que a fundamentam, total ou parcialmente; (ii) os princípios jurídicos recepcionam conceitos linguísticos vagos ou indeterminados, suscitando, por isso, uma intensa discricionariedade judicial; e (iii) os princípios jurídicos são marcados pela generalidade. Noutra oportunidade, ao diferenciá-los das regras jurídicas, (i) reafirma a ideia de que os princípios jurídicos ocupam posição distinta no ordenamento jurídico; (ii) fala da generalidade dessa espécie normativa;

⁶³ Sérgio Sérulo da Cunha (2006, p.5-6) elenca, ao menos, onze acepções para o termo "princípio". Textualmente: "1. Começo, início, aquilo que está no começo ou no início. 2. Termo final de toda a regressão (ggg). 3. Proposição que basta para suportar a verdade do juízo (mh). 4. Causa natural, em razão das quais os corpos se movem, agem, vivem (li). 5. Elemento ativo de uma fórmula, substância ou composto (li). 6. Aquilo que constitui, compõe as coisas materiais (li). 7. Aquilo que, pertencendo à própria coisa, contém suas determinações como fenômeno (mh). 8. Matriz dos fenômenos pertencentes a um determinado campo da realidade. 9. Fator de existência, organização e funcionamento do sistema, que se irradia da sua estrutura para seus elementos, relações e funções. 10. Fonte ou finalidade de uma instituição, aquilo que corresponde à sua natureza, essência ou espírito (l). 11. Os primeiros preceitos de uma arte ou ciência (li)." Eros Roberto Grau (2009, p.141) lembra que Genaro Carrió "indica 7 focos de significação assumidos pelo vocabulário 'princípio', a partir deles enunciando nada mais nada menos do que 11 significações atribuíveis à expressão 'princípio jurídico'."

(iii) diz sobre a presença de antecedentes abertos nos princípios jurídicos, ou seja, quando a norma jurídica não enumera exaustivamente os fatos sobre os quais incidem as consequências jurídicas; e, por fim, (iv) discorre sobre a derrotabilidade desses preceitos, isto é, quando a norma admite exceções implícitas ou que não podem ser determinadas *ex ante* (GUASTINI, 2010, p.58-61).

Manuel Atienza e Juan Ruiz Manero (2007, p.27-28), após elencarem as características elaboradas por Riccardo Guastini e Genaro Carrió, sugerem a seguinte classificação: (i) há princípios em sentido estrito e esses diferem das diretrizes, normas programáticas. Os princípios jurídicos são normas que expressam os valores superiores do ordenamento jurídico, ao passo que as diretrizes são normas que estipulam a obrigação de se perseguir determinados fins; (ii) distinguem os princípios em dois contextos: o primário (os princípios estão voltados à conduta dos destinatários) e o secundário (os princípios vinculam o exercício dos poderes públicos). Dizem que há princípios que orientam especialmente os órgãos públicos, mas aqueles que guiam as condutas dos destinatários das normas jurídicas servem como critério de valoração dessas condutas pelos órgãos de aplicação; (iii) cogitam dos princípios jurídicos explícitos, formulados expressamente pela ordem jurídica; e dos implícitos, extraídos a partir de enunciados presentes no ordenamento jurídico; e (iv) falam dos princípios substantivos e dos princípios institucionais: os primeiros podem ser princípios em sentido estrito ou diretrizes, uma vez que expressam exigências correspondentes a valores ou a objetivos do sistema jurídico; os segundos, princípios institucionais, expressam exigências relativas ao eficiente funcionamento dos órgãos públicos.

Rodolfo Luis Vigo (2010, p.41-49, 128-129), na medida em que procura demonstrar a insuficiência da dogmática jurídica⁶⁴, seja em relação às fontes, seja quanto às dimensões da interpretação, atribui destacada ênfase aos princípios jurídicos, inclusive àqueles buscados no âmbito do direito natural. Esta é a

⁶⁴ Explica o autor (2010, p.49): "O modelo dogmático operava reconhecendo uma única fonte do direito: a lei, ainda que com alguma concessão teórica em favor de outras fontes, como, por exemplo, o direito consuetudinário e o direito científico de Savigny. O quadro atual se apresenta muito mais complexo do ponto de vista teórico e pouco claro no plano prático. Para começar, temos de lembrar o já mencionado mundo dos princípios gerais do direito, segundo a terminologia do codificador jusprivatista, ou princípios jurídicos, segundo a linguagem da filosofia jurídica ou teoria geral do direito. Seu caráter de fonte formal do direito, juntamente com outras fontes formais de onde emergem as normas jurídicas, foi consolidando-se e, em consequência, cabe ao jurista extrair uma solução jurídica não somente de normas como também de princípios."

classificação formulada: (i) princípios jurídicos positivos setoriais; (ii) princípios jurídicos positivos sistemáticos ou fundacionais; e (iii) princípios de direito natural. Os primeiros abarcam um setor do direito positivado, de modo que "cada norma, conjunto de normas, instituição jurídica ou ramo do direito positivo está animado por um ou vários princípios reguladores"; os segundos dão os pilares e os fundamentos do direito positivo e, em geral, estão contemplados na Constituição; os últimos são inferidos a partir da natureza humana, de modo que, apesar de serem ignorados ou até violados pelo direito positivo, restam igualmente válidos.⁶⁵

Significa dizer, e aqui seria possível ampliar ainda mais o número de autores, que a convergência maior reside no fato de que os princípios jurídicos fundamentam total ou parcialmente a ordem jurídica, muito embora essa fundamentação esteja assentada numa conflituosidade que bem qualifica as sociedades democráticas contemporâneas. Ensina Gustavo Zagrebelsky (1992, p.148): "*Innanzitutto, solo i principî svolgono un ruolo propriamente costituzionale, cioè <costitutivo> dell'ordine giuridico. Le regole, ancorchè scritte nella Costituzione, non sono altro che leggi rinforzate dalla loro forma speciale.*" Então, é visível o problema na densificação desses comandos, isso porque os desacordos valorativos não apenas são reproduzidos na esfera judicial (item 2.3.1), como são agravados pela dificuldade contramajoritária do Poder Judiciário.⁶⁶

⁶⁵ Nas palavras de Rodolfo Luis Vigo (2010, p.129): "Há exigências ou 'seus' que os homens acordam e estabelecem como obrigatórios juridicamente, mas há outros direitos e deveres que o homem infere a partir da mesma natureza humana; neste último caso, estamos no campo do chamado direito ou justo natural. [...]. O direito positivo confirma, esclarece, garante e completa o 'seu' natural, mas, na medida em que contradiz o justo natural, perde juridicidade intrínseca, correndo o risco de ficar reduzido a uma juridicidade meramente extrínseca ou aparente. Estes princípios em estudo podem explicitamente reconstruídos no ordenamento jurídico, mas seu respaldo é propriamente ontológico a partir do momento em que se sustentam no ser do direito. É por isso que valem, apesar de serem ignorados ou violados pelo direito positivo, embora resulte inconcebível pensar numa sociedade em que venham a reger normas jurídicas que, de forma total e sistemática, oponham-se ao direito natural."

⁶⁶ Manuel Atienza (2010b, p.110-119) estabelece um importante paralelo entre democracia e direitos (tema central do constitucionalismo contemporâneo), ou seja, entre o Legislativo e o Judiciário, notadamente sobre a argumentação reivindicada em cada qual dessas esferas. Diz que a superação do déficit democrático da atividade judicial deve obedecer a um modelo de diálogo racional, perspectiva que não dispensa a presença dos elementos dialéticos e retóricos. Especialmente em relação ao diálogo racional, sugere que a argumentação que se desenvolve nos Tribunais Constitucionais mais se aproxima desse modelo, isso porque (i) nos parlamentos os seus membros não estão obrigados a justificar os votos proferidos; (ii) podem adotar uma postura de ativa parcialidade, o que desde logo afasta a possibilidade de ser persuadido por um

O momento reclama esclarecimentos acerca da abertura do direito à moral por meio dos princípios constitucionais, mas, previamente, são exigidas delimitações mais precisas sobre a concepção de princípio jurídico ou princípio constitucional adotada no trabalho. Indaga-se: (i) os princípios jurídicos positivados constitucionalmente guardam relação com os princípios gerais do direito? Como ficam as conexões entre os princípios gerais do direito e o direito natural?; (ii) há limites para o reconhecimento dos princípios constitucionais implícitos? Essas perguntas estão intimamente vinculadas, na medida em que a tomada de posição acerca dos limites dessa conexão (princípios constitucionais e princípios gerais do direito) repercute necessariamente na identificação e no alcance dos princípios constitucionais implícitos.

Os princípios gerais do direito são reconhecidos pela ordem jurídica e, no que diz respeito aos seus possíveis desdobramentos, é correto afirmar que muito facilmente transbordam para a esfera do direito natural (DAVID, 1996, p.135; MAXIMILIANO, 2011, p.241; RÁO, 1999, p.280), ou seja, os princípios gerais do direito são "reminiscências do projeto jusnaturalista em pleno seio da cultura positivista" (OLIVEIRA, R. T.de, 2008, p.50), uma fonte dedutivamente invocada na colmatação dos espaços vazios do sistema (lacunas) ou na redução de eventuais contradições. Sendo assim, dizer que a incorporação dos princípios jurídicos à Constituição simplesmente retrata a elevação dos princípios gerais do direito à categoria constitucional⁶⁷, sem

argumento em contrário; e (iii) o normal é que os árbitros desse debate não sejam *experts* na matéria. Ainda: Cappelletti (1993, p.91-107).

⁶⁷ Diz Paulo Bonavides (2001, p.245): "Os princípios gerais a que nos reportamos ao longo dessa exposição correspondem, em sentido e substância, aos 'princípios constitucionais' e às 'disposições de princípios', da terminologia mais em voga entre os Mestres do Direito Público contemporâneo." Prossegue o eminente constitucionalista (2001, p.264): "As Constituições fazem no século XX o que os Códigos fizeram no século XIX: uma espécie de positivação do Direito Natural, não pela via racionalizada da lei, enquanto expressão da vontade geral, mas por meio dos princípios gerais, incorporados na ordem jurídica constitucional, onde logram valoração normativa suprema, ou seja, adquirem a qualidade de instância juspublicística primária, sede de toda a legitimidade do poder." Em sentido oposto, Rafael Tomaz de Oliveira (2008, p.57-64), baseado nas lições de Josef Esser e Castanheira Neves, trabalha os princípios jurídicos do Pós-Guerra como uma categoria autônoma (princípios pragmáticos ou problemáticos), elementos constitutivos da normatividade "independentemente da lei e apesar dela". Trata-se de sofisticada construção, mas que não interfere no corte metodológico objeto da tese, isso porque, independentemente da natureza desses comandos, em dúvida não se coloca a normatividade e nem mesmo o crescente papel criativo conferido ao juiz. Em outras palavras, quer se trate de princípios gerais de direito, quer se trate de princípios pragmáticos ou problemáticos, fato é que a normatividade a eles conferida outorga ao juiz um espaço mais amplo de decisão e, por isso, insiste-se num efetivo controle das decisões judiciais.

problematizá-la, implicará dizer que na ausência de um princípio constitucional explícito estará franqueado ao intérprete resgatá-lo, princípio constitucional implícito, noutra sistema (direito natural), com todas as consequências daí decorrentes. Em palavras diferentes, ou se entende que os princípios constitucionais recepcionam os princípios gerais *de* direito, fundamentos de uma ordem jurídica historicamente contextualizada, ou a completa abertura do ordenamento ao direito natural restará autorizada pela constitucionalização dos princípios gerais do direito. Os princípios constitucionais reaproximam direito e moral, mas isso não sugere uma total recepção ou uma irrestrita adesão ao direito natural.⁶⁸ Explica Eros Roberto Grau (2009, p.141-161):

Em síntese, a ordem axiológica ou teleológica que o direito é compreende os princípios *explícitos* e os *implícitos*. Os primeiros são recolhidos no texto da Constituição ou da lei. Os segundos, implícitos, são descobertos em textos normativos do *direito posto* ou no *direito pressuposto* de determinada sociedade. Estes últimos são os chamados princípios gerais *de* direito. [...]. Os *princípios gerais de direito – princípios implícitos*, existentes no direito pressuposto – não são resgatados fora do ordenamento jurídico, porém *descobertos* no seu interior. [...]. Importa observarmos, pois, que os princípios de direito que descobrimos no interior do ordenamento jurídico são princípios *deste* ordenamento jurídico, *deste* direito. Os princípios em estado de latência existentes sob cada ordenamento – isto é, sob cada *direito posto* – repousam no *direito pressuposto* que a ele corresponda. Neste *direito pressuposto* os encontramos ou não os encontramos; de lá os resgatamos, se nele preexistirem. [...]. Sua 'positivação' não se dá mediante seu resgate no universo do direito natural, como tantos supõem; ela não é constituída, essa 'positivação', mas simplesmente reconhecida no instante do seu descobrimento (do princípio) no interior do direito pressuposto da sociedade a que corresponde.

Significa dizer: se há coincidência entre os princípios constitucionais e os princípios gerais do direito, isso não leva à singela conclusão de que todos eles, princípios gerais do direito, tenham sido positivados pelo ordenamento jurídico, ainda que implicitamente. Foram positivados os princípios constitucionais explícitos e os implícitos (incluídos, aqui, os princípios gerais *de* direito), o que não autoriza, ao intérprete, procurar respostas para além das fronteiras do direito posto e do direito

⁶⁸ Não é outra a preocupação de António Manuel Hespanha (2009, p.154): "Exige-se, em primeiro lugar, que os princípios sejam 'jurídicos', ou seja, que tenham sido recebidos, por alguma das formas admitidas pela norma de reconhecimento, na ordem jurídica, não se mantendo apenas como princípios éticos (religiosos, políticos). Ou seja, insiste-se na necessidade de positivação (ou recepção) concreta desses princípios." Ainda: Möller (2011, p.226-227).

pressuposto. Aliás, não são diferentes as lições de Eduardo García de Enterría e Tomás-Ramón Fernandes (1991, p.90), ao destacarem que a superação do positivismo legalista impõe sejam observados os princípios expressos na Constituição ou aqueles dela derivados.⁶⁹ Ademais, é bom que se diga que não são poucas as vozes que se levantam contra a vulgarização ou banalização dos princípios constitucionais, constatação que, ladeada pela ampla divergência na aplicação desses preceitos, colabora para o descrédito dessa espécie normativa.⁷⁰

A normatividade dos princípios constitucionais – que deve ser vista como instrumento de superação de uma específica concepção positivista (positivismo legalista) – não pode servir de alforria para que o intérprete, subjetivamente, crie os seus próprios princípios ou que a eles atribua as suas próprias e subjetivas justificações. Aliás, mesmo aqueles que sustentam uma aproximação mais intensa com o direito natural também repudiam esse subjetivismo, ou seja, nas palavras de Otto Bachof (2009, p.44) "é uma conclusão fundamentalmente errada pensar que <a doutrina do direito natural> e a sujeição do juiz à sua consciência – ao lado ou até mesmo acima do direito objetivo – sejam uma e a mesma coisa."

Os princípios constitucionais implícitos são extraídos do ordenamento jurídico – e não inventados pelo intérprete –, mas não há um método rígido de revelação.⁷¹ São extraídos de uma regra singular, de um conjunto mais ou menos amplo de regras, do ordenamento no seu conjunto (GUASTINI, 2005, p.193) ou até mesmo de outro princípio, importando, apenas, que sejam reconduzíveis ao mesmo programa normativo-constitucional (CANOTILHO, 2002, p.911). No cenário jurídico brasileiro é possível afirmar que um dos mais prestigiados princípios constitucionais

⁶⁹ No mesmo sentido: Sundfeld (2003, p.149-150).

⁷⁰ Sobre o tema: Ferreira Filho (2009, p.91); Streck (2011, p.538-539).

⁷¹ Sobre os métodos utilizados há importante contribuição de Alberto Ramón Real (2011, p.757-758), na medida em que visualiza para além dos tradicionais (indutivo e dedutivo) o método histórico-comparativo. Explica: "*El método comparativo permite definir y clasificar los tipos ideales de instituciones por la generalización de los elementos comunes y diferenciales que se presentan en el material observado. [...]. Para ser buen intérprete de una Constitución nacional es necesario tener buena información del Derecho extranjero, de las respectivas tipologías generales comparadas y del origen y evolución de las instituciones nacionales.*"

(proporcionalidade e (ou) da razoabilidade)⁷² não decorre da literalidade do texto⁷³, tendo o Supremo Tribunal Federal vinculado tal preceito ao devido processo legal substantivo (ADI n.º 958, Rel. Min. Marco Aurélio, DJ de 16.05.94; ADI n.º 855-PR, Rel. Min. Octávio Gallotti, DJ de 27.03.2009; SS n.º 1320, Rel. Min. Celso de Mello, DJ de 14.04.1999).⁷⁴

⁷² Essa equivalência é criticada, dentre outros, por Virgílio Afonso da Silva. Textualmente: "Proporcionalidade e razoabilidade não são sinônimos. Enquanto aquela tem uma estrutura racionalmente definida, que se traduz na análise de suas três sub-regras (adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito), esta ou é um dos vários topoi dos quais o STF se serve, ou uma simples análise de compatibilidade entre meios e fins." (SILVA, 2002, p.45). Aliás, a própria natureza principiológica é criticada, mostrando-se, no particular, esclarecedoras as lições de Cláudio Pereira de Souza Neto e Daniel Sarmento (2013, p.468-469): "Apesar do uso consolidado da expressão 'princípio da proporcionalidade', há quem entenda que a proporcionalidade não opera como um verdadeiro princípio – no sentido de mandado de otimização –, mas como autêntica regra, eis que aplicada sob a lógica do 'tudo ou nada'. Outros sustentam que a proporcionalidade atuaria como um 'postulado aplicativo', já que não possui conteúdo próprio, prestando-se tão somente a regular a aplicação de outras normas constitucionais. De nossa parte, entendemos que a proporcionalidade representa autêntico princípio. Primeiramente, porque a sua incidência deve ser calibrada em razão da tensão com outros princípios constitucionais, como a democracia e a separação de poderes. [...]. E, em segundo lugar, porque existe, sim, um conteúdo material próprio da proporcionalidade, ligado à contenção racional do poder estatal."

⁷³ Explica Humberto Ávila (2008, p.53): "O dever de proporcionalidade está enraizado nos próprios princípios de liberdade. Sendo assim, ele não precisa de um fundamento escrito, pois decorre logicamente da estrutura teleológica do direito. Sustentar a carência de um outro suporte físico para o dever de proporcionalidade é pretender criar um fundamento exposto para aquilo que já decorre de uma norma e de um conjunto delas, ou simplesmente negar a sombra que a luz do sol projeta no chão ao irradiar-se sobre o objeto interposto. [...]. O dever de razoabilidade (aqui como exigência de congruência entre critério e fim) decorre, portanto, da própria positivação do princípio da igualdade. Desse modo, o dever de razoabilidade não está *fora* da igualdade, mas *dentro* do seu próprio conteúdo normativo. [...]. Essas considerações demonstram que o fundamento dos deveres de proporcionalidade e razoabilidade são os princípios de liberdade e de igualdade, dos quais são conseqüências lógicas implícitos."

⁷⁴ Em relação ao princípio da proporcionalidade merece destaque o trabalho de Suzana de Toledo Barros (1996, p.87-94), para a qual, não obstante o vínculo que mantém com o devido processo legal substancial, o princípio da proporcionalidade "decorre do Estado de Direito, ou do Estado Democrático de Direito, ou da ideia mesma de direitos fundamentais." A autora, inclusive, discorre sobre a evolução desse princípio no âmbito do Supremo Tribunal Federal (1996, p.98-125), empreitada igualmente desenvolvida em âmbito doutrinário pelo Ministro Gilmar Ferreira Mendes (2000, p.252-271). Gilmar Ferreira Mendes (2004a, p.94) também conclui que o princípio da proporcionalidade ou da razoabilidade tem a sua "*sedes materiae* na disposição constitucional que disciplina o devido processo legal (art. 5.º, LIV)", enquadramento, todavia, que segundo Sérgio Luís Wetzel de Mattos não se amolda à funcionalidade do *substantive due process* do direito norte-americano. Para este autor (2009, p.113), no direito norte-americano, o princípio do *substantive due process* – enquanto garantia da liberdade em geral contra as arbitrariedades do Estado – não se confunde com os testes ou níveis de escrutínio (teste de base racional e escrutínio estrito) empregados pela Suprema Corte estadunidense para dar aplicação ao invocado princípio, bem como a outras disposições constitucionais. O *substantive due process*, no sistema norte-americano, recebe funcionalidade própria e autônoma, não se confundindo com a proporcionalidade e a razoabilidade. Sintetiza (2009, p.104): "Repetindo, *substantive due process*, no direito norte-americano, é *princípio de garantia da liberdade em geral contra as arbitrariedades*

2.1.2 Uma reaproximação entre direito e moral

Feita a ressalva no sentido de que a constitucionalização dos princípios jurídicos não autoriza a completa revitalização do direito natural, coloca-se, agora, o exame dos princípios constitucionais positivados e a concomitante permeabilidade moral que lhes é inerente. Em termos diferentes, é preciso deixar claro que uma coisa é a moralização do direito por meio dos princípios constitucionais, ao passo que substancialmente diversa é a completa abertura do sistema às correntes jusnaturalistas. A superação do positivismo legalista não consiste no abandono da positividade do direito, ou seja, a pretendida correção do direito, então eclipsada pelo positivismo legalista, ainda que se abra mais intensamente às concepções valorativas, não legitima o abandono da racionalidade do direito. Ronald Dworkin (2002, p.36), por exemplo, estabelece uma necessária conexão entre os princípios jurídicos e as dimensões da moral, mas igualmente desenvolve a noção de direito como integridade (DWORKIN, 2010, p.273).

A leitura pós-positivista do direito, versão filosófica do neoconstitucionalismo, reaproxima duas importantes e antagônicas vertentes (direito positivo e direito natural) sob o enfoque da constitucionalização dos princípios jurídicos (AMARAL, 1998, p.50;

do Estado, que proíbe que se prejudiquem certos direitos, sobretudo os direitos fundamentais, a não ser por uma justificativa suficiente. Por sua vez, o teste da base racional e o escrutínio estrito, bem como os respectivos congêneres no direito brasileiro, quais sejam, a razoabilidade e a proporcionalidade, são princípios ou cânones hermenêuticos, melhor dizendo, postulados normativos aplicativos, isto é, normas imediatamente metódicas, que estruturam a interpretação e aplicação dos princípios e das regras jurídicas." O substantive due process cumpre duas funções: em primeiro lugar, uma função incorporativa, no sentido de que os direitos previstos nas dez primeiras emendas à Constituição norte-americana, aplicáveis ao governo federal, sejam igualmente estendidos aos governos estaduais; em segundo lugar, uma função protetiva, com o subsequente reconhecimento de direitos fundamentais não enumerados pela Constituição (MATTOS, 2009, p.105-106). No particular, também a crítica de Humberto Ávila (2008, p.56), para quem a proporcionalidade e a razoabilidade não são encontradas no devido processo legal (CF, art. 5.º, LIV): "Enfim, o uso da expressão 'devido processo legal substantivo', como variante de significado supostamente decorrente da previsão expressa do 'devido processo legal' é triplamente inconsistente: em primeiro lugar, porque leva ao entendimento de que o fundamento normativo dos deveres de proporcionalidade e razoabilidade é o dispositivo relativo ao 'devido processo legal', quando o seu fundamento reside na posituação dos princípios de liberdade e igualdade conjuntamente com finalidades estatais; em segundo lugar, porque os deveres de proporcionalidade e razoabilidade são aplicados mesmo fora do âmbito processual, razão pela qual perde sentido o uso da expressão 'devido processo legal substancial' para representá-los; em terceiro lugar, porque o 'devido processo legal substancial', se compreendido como os deveres de proporcionalidade e razoabilidade, dá a entender que esses deveres não estão presentes no 'devido processo legal procedimental', quando, como será visto, servem para a sua própria configuração como processo adequado e justo."

BONAVIDES, 2001, p.247; BARROSO, 2008, p.28). Ao positivá-los, esses diplomas abrem-se mais intensamente às escolhas morais (MAIA, 2008, p.208) e, desse modo, a dualidade de sistemas ensaia uma unificada operação. A relação entre direito e moral, marcada pela contingência, ganha estabilidade.⁷⁵ Eis as expressivas palavras de Gustavo Zagrebelsky (1992, p.154-155):

I principî costituzionali, con le loro aperture ai diritti dell'uomo e ai grandi principî della giustizia – cioè ai temi che erano stati per secoli il cavallo di battaglia delle diverse versioni del diritto naturale – sembravano un'insidia particolarmente pericolosa per l'autoria della legge, non appena qualcuno avesse deciso di prenderli sul serio e, traendoli dalle nuvole delle pure dichiarazioni, avesse inteso di ricavarne qualche conseguenza concreta nella vita de diritto. Dal suo punto di vista, il positivismo giuridico aveva ragione di preoccuparsi, anche se i principî stabiliti dalla Costituzione non sono certo diritto naturale. Essi, al contrario, rappresentano il massimo atto d'orgoglio del diritto positivo, in quanto costituiscono il tentativo di <positivizzare> quel che, per secoli, si era considerato appanaggio del diritto naturale, appunto: la determinazione della giustizia e dei diritti umani. La Costituzione infatti, per quanto trascenda il diritto legislativo, non si colloca in una dimensione indipendente dalla volontà creative degli uomini e non precede quindi l'esperienza giuridica positiva.

Em outros termos, se essa reaproximação entre direito e moral fragiliza o positivismo legalista e a segurança jurídica a ele atribuída (COMANDUCCI, 2009, p.91), por igual também interfere no direito natural que, arredo aos atos volitivos, agora fica circunscrito aos princípios explícitos ou implícitos inseridos na Constituição, porquanto não mais decorrem da natureza das coisas ou da razão individual.⁷⁶ Em síntese, a positivação constitucional dos princípios gerais do direito não apenas reconhece a estreiteza de uma leitura absolutamente legalista e supostamente neutra

⁷⁵ A dicotomia entre direito e moral bem identifica o positivismo metodológico, vertente que "*acepta como criterio para distinguir la regla jurídica de una no jurídica la derivación de hechos verificables (v. gr.: que emane de ciertos órganos mediante cierto procedimiento, o que sea efectivamente obedecida durante un lapso determinado por cierto grupo de personas) y no la mayor o menor correspondencia con cierto sistema de valores.*" (BOBBIO, 1965, p.42).

⁷⁶ Diz Hans Kelsen (2010, p.55): "Em todos os casos, a doutrina do direito natural é caracterizada pela suposição das normas imanentes da natureza e, assim, pela suposição de uma imanência de valores, constituídos por essas normas, na realidade da natureza em geral ou na natureza da pessoa em particular. É a imanência de um dever no ser. A natureza em geral ou a natureza da pessoa, especialmente a razão, prescreve à pessoa uma conduta determinada. A natureza no geral ou a natureza no particular, especialmente a razão, apresenta-se como autoridade que fixa a norma." Ainda Reinhold Zippelius (2012, p.141): "Num sentido mais amplo, a expressão 'direito natural' designa simplesmente os princípios de uma ordem vinculativa que vigoram independentemente do consentimento ou regulação humana, por conseguinte independentemente do direito positivo (Aristóteles NE, 1134 b)."

do direito positivado, como sugere a domesticação do direito natural (BARBERIS, 2009, p.264).

Então, se a reaproximação entre direito e moral restou viabilizada pela positivação e normatividade atribuídas aos princípios constitucionais, as históricas divergências entre direito e moral⁷⁷ autorizam que as suas principais teses sejam examinadas à luz dos ensinamentos de Hans Kelsen (positivista), Herbert Hart (positivista brando), Ronald Dworkin e Robert Alexy (pós-positivistas e (ou) jusnaturalistas moderados).⁷⁸ Antes as suas principais divergências: (i) o jusnaturalismo pressupõe que, acima do direito positivo, há um conjunto de regras e princípios válidos para todos os tempos e lugares; e que (ii) o direito positivo só é válido se de acordo com o direito natural; (i) o juspositivismo, ao contrário, pressupõe como válido apenas o direito positivo, entendido, como tal, os ordenamentos vigentes como fenômeno social historicamente variável; e (ii) a qualificação de algo, como direito, não depende da justiça ou injustiça (ATIENZA, 2009, p.100-101).

Kelsen reconhece a existência de dois sistemas, o natural e o positivo, ambos direcionados à conduta humana e caracterizados pela normatividade.⁷⁹

⁷⁷ Explica Robert Alexy (2009, p.3): "O principal problema na polêmica acerca do conceito de direito é a relação entre direito e moral. Apesar de uma discussão de mais de dois mil anos, duas posições fundamentais continuam se contrapondo: a positivista e a não positivista. Todas as teorias positivistas defendem a *tese da separação*. Esta determina que o conceito de direito deve ser definido de modo que não inclua elementos morais. [...]. Em contrapartida, todas as teorias não positivistas defendem a *tese da vinculação*. Esta determina que o conceito de direito deve ser definido de modo que contenha elementos morais." Carlos Santiago Nino (2006, p.145-149), após importante inventário sobre as proposições que, em tese, representam a versão positivista do direito, adverte que nem todas são encampadas pelos principais representantes do positivismo (Bentham, Austin, Kelsen, Ross e Hart), sem dizer que parte delas ainda é apoiada por autores não positivistas. Especialmente em relação ao vínculo entre direito e moral, sustenta (2006, p.147): "*La posición escéptica acerca de la posibilidad de demostrar racionalmente la validez de estándares e ideales morales y acerca de la justicia de instituciones sociales y rechazo de cualquier conexión entre éstos y hechos o estructuras 'naturales', es obviamente sostenida en forma enfática por Kelsen y Ross. Sin embargo, ésta no es, de ningún modo, la postura de Bentham, Austin y, en forma menos definida, Hart.*"

⁷⁸ A escolha desses autores também não foi aleatória, mas, ao contrário, ela se justifica na medida em que eles bem sintetizam os modelos jurídicos em disputa.

⁷⁹ Diz Kelsen (1998, p.71): "Uma distinção entre o Direito e a Moral não pode encontrar-se *naquilo* que as duas ordens sociais prescrevem ou proíbem, mas no *como* elas prescrevem ou proíbem uma determinada conduta humana. O Direito só pode ser distinguido essencialmente da Moral quando – como já anotamos – se concebe como uma ordem de coação, isto é, como uma ordem normativa que procura obter uma determinada conduta humana ligando à conduta oposta um ato de coerção socialmente organizado, enquanto a Moral é uma ordem social que não estatui

Todavia, porque diferentes os fundamentos de validade, esses sistemas não são considerados reciprocamente válidos, tornando, assim, possível o surgimento de eventuais contradições quando, pelo conteúdo, eles são comparados. O pensamento kelseniano sobre as relações entre direito e moral é ainda colaborado por duas perspectivas: uma primeira pressupõe que o direito seja essencialmente moral, isto é, diante de uma moral absoluta as condutas prescritas ou proibidas pelas normas jurídicas são igualmente prescritas ou proibidas pelas normas morais e vice-versa; a segunda, dado o relativismo moral, sugere que o direito pode ser moral, mas não tem necessariamente de o ser. Então, uma ordem social, embora avessa ou indiferente à moral, pode ser caracterizada como representação do direito. Kelsen, na medida em que rejeita uma moral absoluta, desenvolve essa relação pela forma ou procedimento, sendo moralmente bom aquilo que corresponde à previsão normativa.⁸⁰

Em síntese, para Kelsen, as normas morais e as normas jurídicas operam sistemas distintos, não concomitantes, baseados em diferentes fundamentos de validade. A unidade não é alcançada pela reciprocidade entre os sistemas natural e positivo, pois, para tanto, seria impositiva a noção de uma moral absoluta (realismo moral), concepção por ele rechaçada (ceticismo ético ou antirrealismo moral). Sendo assim, a validade da ordem jurídica, decorrência do relativismo moral, independente da convergência com qualquer sistema moral (KELSEN, 1998, p.76-77), significando, portanto, que o valor moral reside apenas no cumprimento das normas,

quaisquer sanções desse tipo, [...], nela não entrando sequer em linha de conta, portanto, o emprego da força física."

⁸⁰ Ainda Kelsen (1998, p.73-74): "Com efeito, quando se não pressupõe qualquer *a priori* como dado, isto é, quando se não pressupõe qualquer valor moral absoluto, não se tem qualquer possibilidade de determinar o que é que tem de ser havido, em todas as circunstâncias, por bom e mau, justo ou injusto. E, nesse caso, não se poderá negar que também aquilo que a ordem coercitiva em questão prescreve pode ser tido por bom ou justo, e aquilo que ela proíbe por mau ou injusto; e que, portanto, também ela é – relativamente – moral ou justa. [...]. O que é necessariamente comum a todos os sistemas morais possíveis é a sua forma, o dever-ser, o caráter de norma. É moralmente bom o que corresponde a uma norma social que estatui uma determinada conduta humana; é moralmente mau o que contraria uma tal norma. O valor moral relativo é constituído por uma norma social que estabelece um determinado comportamento humano como devido (devendo-ser). Norma e valor são conceitos correlativos. Sob esses pressupostos, a afirmação de que o Direito é, por sua essência, moral, não significa que ele tenha um determinado conteúdo, mas que ele é norma e uma norma social que estabelece, com o caráter de devida (como devendo-ser), uma determinada conduta humana. Então, neste sentido relativo, todo o Direito tem caráter moral, todo o Direito constitui um valor moral (relativo). Isto, porém, quer dizer: a questão

independentemente do conteúdo.⁸¹ Enfim, a teoria de Kelsen bem delimita esses campos, de modo que a plena separação entre direito e moral não é apenas rigorosamente afirmada⁸², como também evidencia o próprio positivismo jurídico.⁸³

Herbert Hart⁸⁴, positivista moderado, sustentou a existência de diferentes relações entre direito e moral, relações, todavia, que não apontam para uma necessária

das relações entre Direito e Moral não é uma questão sobre o conteúdo do Direito, mas uma questão sobre a sua forma."

⁸¹ Essa construção retrata o positivismo ideológico, assim resumido por Norberto Bobbio (1965, p.46-47): *"Como ideologia, el positivismo jurídico representa la creencia en ciertos valores y, sobre la base de esta creencia, confiere al derecho que es, por el solo hecho de existir, un valor positivo, prescindiendo de toda consideración acerca de su correspondencia con el derecho ideal. Esta atribución de un valor positivo al derecho existente se realiza a menudo a través de dos tipos diversos de argumentación: 1) el derecho positivo, por el solo hecho de ser positivo, esto es, de ser la emanación de una voluntad dominante, es justo; [...]; 2) el derecho, como conjunto de reglas impuestas por el poder que ejerce el monopolio de la fuerza en una determinada sociedad, sirve con su misma existencia, independientemente del valor moral de sus reglas, para la obtención de ciertos fines deseables, [...]. De ambas posiciones se deduce la consecuencia de que las normas jurídicas deben ser obedecidas por sí mismas, en cuanto tales; con otras palabras, la obediencia a las normas jurídicas es un deber moral."*

⁸² Pablo López Ruf (2011, p.275-279), quando se refere à polémica entre Hans Kelsen e Josef Esser sobre a presença de princípios morais na ordem jurídica, assinala: *"En otras palabras la teoría en análisis (Esser) sostiene que los principios morales, políticos o consuetudinarios se constituyen en el fundamento o razón de las normas generales o individuales. En segundo momento cuando la norma general es sancionada o la sentencia dictada, se produce su transformación, esos principios son positivados y se convierten en normas jurídicas del sistema o normas individuales. [...]. Kelsen considera que la posición de Esser tiende a negar la tesis de la separabilidad entre Derecho y moral, y postular la vinculación entre el Derecho natural y el Derecho positivo en síntesis a negar la tesis principal del positivismo. [...]. Concluye finalmente Kelsen que los principios morales, políticos, consuetudinarios, no pueden transformarse en normas jurídicas. Son distintas dos clases de derechos mientras los primeros son el Derecho natural o ideal, las normas jurídicas son Derecho válido y vigente en una comunidad determinada. Ambos derechos son autónomos y no se interrelacionan."*

⁸³ Daí a neutralidade, o carácter descritivo e a autonomia reivindicados pela ciência jurídica. Eis as explicativas lições de Dennis Lloyd (2000, p.127): *"Essa ciência colocou em primeiro plano a distinção entre o direito positivo, que é o conjunto de normas estabelecidas pelo homem tal como realmente são (ou eram, se encaradas historicamente), e o conjunto de normas como deveriam ser. Somente o primeiro é o objeto apropriado de estudo dessa ciência, constituindo o segundo um campo distinto a ser investigado não pelo jurista mas pelo teólogo ou pelo estudioso da ética."*

⁸⁴ O sistema jurídico, na concepção de Herbert Hart, expressa uma combinação de normas primárias de obrigação e normas secundárias de reconhecimento, modificação e julgamento. Para Hart, um sistema jurídico baseado exclusivamente em normas primárias de obrigação revela problemas ou defeitos (incerteza, estática e ineficiência), sugerindo correção pela concomitante presença das normas secundárias. Contudo, acrescenta Hart que essa formatação de sistema, baseada na lei ou nos precedentes, dada a imprevisibilidade de situações futuras e mesmo por força da limitação da linguagem (textura aberta), não afasta uma parcial incompletude do direito (casos não regulamentados) e, se assim é, ao aplicador é conferida uma dose de discricionariedade. O juiz é também criador da norma jurídica, ou seja, a atividade jurisdicional não é só declaratória, mas, à evidência, é também constitutiva. Essa postura, menos formalista, também pode ser visualizada nas lições de Hans Kelsen (1998, p.389): *"A indeterminação pode mesmo ser intencional, quer*

conexão entre normas positivas e normas morais. Examina seis formas de ligação entre direito e moral: (i) poder e autoridade: a norma não é reconhecida como jurídica porque o destinatário a aceita como moralmente obrigatória, o que significa dizer que a lealdade das pessoas ao sistema pode estar baseada em outras considerações (e.g. uma atitude irreflexiva herdada ou tradição); (ii) influência da moral sobre o direito: diz que o direito dos Estados modernos exterioriza em inúmeros pontos os ideais morais mais abrangentes, e, desse modo, não se pode negar que tal influência auxilia na estabilidade dos sistemas jurídicos; (iii) interpretação: na medida em que reconhece a textura aberta do direito e a subsequente atividade criadora do intérprete, Hart (2009, p.264) acrescenta que as escolhas judiciais, com frequência, são guiadas "pelo pressuposto de que o objetivo das normas que estão interpretando é razoável, de modo que estas não se destinam a perpetrar a injustiça ou ofender princípios morais estabelecidos"; (iv) crítica do direito: observa que vários sistemas jurídicos, dotados de normas primárias e secundárias, tiveram longa duração apesar do desprezo aos princípios de justiça; (v) princípios de legalidade e justiça: a existência de normas gerais, publicamente anunciadas e judicialmente aplicadas, atribui um mínimo de justiça ao sistema, caracterizando-se como um embrião de justiça; e (vi) validade jurídica e resistência à lei: indaga se as leis iníquas, promulgadas apropriadamente, são reconhecidas como válidas? Em resposta, faz a distinção entre conceito "mais amplo" e "mais restrito" de direito. O "mais amplo" sugere que são válidas todas as normas "segundo os critérios formais de um sistema de normas primárias e secundárias, ainda que algumas delas causem ofensa à moral da própria sociedade ou àquilo que podemos considerar uma moral esclarecida ou verdadeira" (HART, 2009, p.270), ao passo que o "mais restrito" exclui do direito as normas "moralmente ofensivas". Hart, então, conclui que não há qualquer ganho em adotar o critério restritivo, isso porque só ensejaria confusão e anarquia. Explica Herbert Hart (2009, p.273): "Um conceito de direito que permita diferenciar a invalidade do direito de sua imoralidade nos

dizer, estar na intenção do órgão que estabeleceu a norma a aplicar. [...]. A lei penal prevê, para as hipóteses de um determinado delito, uma pena pecuniária (multa) ou uma pena de prisão, e deixa ao juiz a faculdade de, no caso concreto, se decidir por uma ou pela outra e determinar a medida das mesmas – podendo, para esta determinação, ser fixado na própria lei um limite máximo e um limite mínimo. [...] a indeterminação do ato jurídico também pode ser a consequência não intencional da própria constituição da norma jurídica que deve ser aplicada pelo ato em questão. Aqui temos em primeira linha a pluralidade de significações de uma palavra ou de uma sequência de significações de palavras em que a norma se exprime: o sentido verbal da norma não é unívoco, o órgão que tem de aplicar a norma encontra-se perante várias significações possíveis."

faculta ver a complexidade e a variedade desses problemas distintos, enquanto um conceito restrito de direito, que nega validade jurídica às normas iníquas, pode nos tornar cegos para eles."

Em oportunidade diversa, no pós-escrito em que rebate as críticas endereçadas à sua teoria por Ronald Dworkin, embora admita a existência de princípios jurídicos no sistema, quanto à necessária conexão entre direito e moral, é ainda mais incisivo o professor de Oxford (2009, p.346):

Neste livro (o conceito de direito), sustento que, embora haja várias e diferentes relações contingentes entre o direito e a moral, não há uma conexão conceitual necessária entre seus conteúdos; disposições moralmente iníquas podem, portanto, ser válidas como normas ou princípios jurídicos. [...], acredito ser importante constatar que, quaisquer que sejam os méritos de sua teoria interpretativa geral, a crítica feita por Dworkin à doutrina de que os direitos e deveres jurídicos podem carecer de força ou justificativa moral é equivocada. As razões para isso são as seguintes: os direitos e deveres jurídicos são os elementos através dos quais o direito, com seus recursos coercitivos, respectivamente protege e limita a liberdade individual, e confere ou nega aos indivíduos o poder de utilizarem eles próprios a maquinaria coercitiva do direito. Assim, sejam elas leis moralmente boas ou más, justas ou injustas, os direitos e deveres exigem atenção como pontos focais no funcionamento do sistema jurídico, que tem importância suprema para os seres humanos e independe dos méritos morais das leis.

Com isso, ainda que Herbert Hart conheça das várias conexões entre moral e direito, entendendo ser importante para a estabilidade das normas jurídicas essa convergência, sabidamente não há, para ele, a exigência de que o conteúdo do direito seja igualmente moral, ou seja, para Hart a validade do direito independe da necessária correspondência com o valor moral e, por isso, embora seja considerado um positivista brando, uma vez que reconhece a incompletude do direito e o subsequente poder criativo dos juízes, a sua posição em relação à conexão entre direito e moral não é substancialmente diferente daquela sustentada por Kelsen.⁸⁵

Ronald Dworkin atribui destacada importância à teoria de Herbert Hart, à ideia de sistema jurídico baseado em regras primárias (aquelas que estabelecem obrigações

⁸⁵ Eis as considerações de Neil MacCormick (2010, p.40): "Por causa de sua insistência na ausência de qualquer elo conceitual necessário entre o Direito e moral, Hart se apresenta como um 'positivista'. Os positivistas negam que o Direito como tal seja essencialmente moral, e afirmam que a existência de uma lei é sempre uma questão conceitualmente distinta daquela do mérito ou demérito moral desta. Hart, como todos os positivistas, rejeita o dogma das teorias do 'Direito Natural' como proposto por pensadores tão diversos quanto Aristóteles, Aquino, Grócio, Locke, Stammler, L.L. Fuller e, mais recentemente, John Finnis."

e deveres) e regras secundárias (aquelas que estipulam como e por quem tais regras podem ser estabelecidas, declaradas legais, modificadas ou abolidas), concluindo pela sua maior sofisticação quando comparada à versão elaborada por John Austin⁸⁶, isso porque "uma regra difere de uma ordem por ser normativa, por estabelecer um padrão de comportamento que se impõe aos que a ela estão submetidos, para além da ameaça que pode garantir sua aplicação." (DWORKIN, 2002, p.32). Contudo, Dworkin visualiza um sistema muito mais complexo, composto não apenas por regras jurídicas (preocupação de Hart), mas também por princípios, *standards* que expressam considerações de justiça, equidade e de outras dimensões da moralidade (DWORKIN, 2002, p.36; NINO, 2006, p.150). Sustenta o caráter deontológico dos princípios, mas, diferentemente das regras jurídicas, eles não estão sujeitos à norma de reconhecimento ou teste de origem.⁸⁷ Ao tecer críticas à noção de sistema alicerçado exclusivamente em regras jurídicas, via de consequência, volta-se igualmente contra a tese da discricionariedade judicial elaborada por Hart (o juiz cria a norma para resolver o caso concreto nas hipóteses de omissão legislativa ou

⁸⁶ Francisco Laporta bem descreve a teoria de John Austin, discípulo de Jeremy Bentham. Para Austin, diz Laporta (2000, p.19), as normas jurídicas são imperativos (dotados de ameaça) emanados de um soberano (e dirigidos aos súditos); imperativos, todavia, que não guardam uma conexão necessária com a moral, exceto sob o prisma essencialmente utilitarista. Sobre os vínculos entre direito e moral, explica (2000, p.20): "*Como vemos, Austin no introduce en su descripción del derecho ningún ingrediente moral. Puede dar cuenta del mundo jurídico en términos puramente descriptivos. Y ello porque había heredado de Bentham la clara diferenciación entre lo que el derecho es y lo que el derecho debe ser. El derecho es ese conjunto de mandatos del soberano y, por tanto, no tiene ninguna conexión necesaria con el orden moral,*" Sobre o utilitarismo de Bentham, por todos, Michael J. Sandel (2011, p.48-49); Dennis Lloyd (2000, p.115-117).

⁸⁷ Nas palavras de Dworkin (2002, p.64): "Segundo Hart, a maioria das regras de direito são válidas porque alguma instituição competente as promulgou. Algumas foram criadas por um poder legislativo, na forma de leis outorgadas. Outras foram criadas por juízes, que as formularam para decidir casos específicos e assim as instituíram como precedentes para o futuro. Mas esse teste de *pedigree* não funciona para os princípios dos casos *Riggs* e *Henningsen*. A origem desses princípios enquanto princípios jurídicos não se encontram na decisão particular de um poder legislativo ou tribunal, mas na compreensão do que é apropriado, desenvolvida pelos membros da profissão e pelo público ao longo do tempo." Também Manuel Atienza (2009, p.74): "*Además, a diferencia de las reglas, los principios no forman parte del sistema jurídico por su origen o fuente (esto es, utilizando el criterio establecido en una regla de reconocimiento), sino por razón de su contenido, lo que significa, en definitiva, negar la tesis positivista de la separación entre el Derecho y la moral.*" Ainda Santiago Nino (2006, p.153): "*Los principios a los que Dworkin se refiere son, como él mismo lo dice explícitamente, principios morales y es precisamente una característica de los principios morales el que ellos no son reconocidos o aceptados por el hecho de derivar de una fuente fáctica oficial (lo que constituye uno de los aspectos del requisito kantiano de autonomía). Cuando un estándar es reconocido como un principio moral, su sanción a través de cierto procedimiento no es considerado relevante para su validez.*"

quando diante da incerteza da linguagem empregada)⁸⁸, versão que (para Dworkin) apresenta dois problemas: primeiro, porque autoriza que um órgão não democrático dite uma regra nova; segundo, porque essa regra é aplicada retroativamente.

Daí a importância dos princípios jurídicos, não como proposições elementares ou diretrizes genéricas de um determinado sistema, mas, antes, como direitos extraídos das práticas desenvolvidas por profissionais e populares, retirados da moralidade de uma determinada comunidade.⁸⁹ Nessa perspectiva, as decisões judiciais tornam efetivos direitos preexistentes, o que espanca a crítica relativa à originalidade judicial. Segundo Dworkin, regras e princípios integram o direito e, para alcançar a "resposta correta", dificuldade decorrente da falta de hierarquia e da diferente formatação dos princípios, vislumbra a figura mitológica do juiz Hércules, único capaz de ordenar a construção moral e alcançar um preciso resultado interpretativo. Então, por meio dos princípios jurídicos Dworkin não apenas reaproxima o direito da moral⁹⁰, como sugere seja descortinada, pelas mãos de Hércules, a única decisão correta (item 2.4.1). Diz Francisco Laporta (2000, p.42):

⁸⁸ Textualmente, diz Dworkin (2002, p.127): "O positivismo jurídico fornece uma teoria dos casos difíceis. Quando uma ação judicial específica não pode ser submetida a uma regra de direito clara, estabelecida de antemão por alguma instituição, o juiz tem, segundo tal teoria, o 'poder discricionário' para decidir o caso de uma maneira ou de outra. Sua opinião é redigida em uma linguagem que parece supor que uma ou outra das partes tinha o direito preexistente de ganhar a causa, mas tal ideia não passa de uma ficção. Na verdade, ele legisla novos direitos (*new legal rights*), e em seguida os aplica retroativamente ao caso em questão. [...]" No mesmo sentido: Laporta (2000, p.39-41).

⁸⁹ Isso não significa que os princípios morais (para Dworkin) sejam resultado de um procedimento "contemplativo" (descobertos pela razão humana), mas, ao contrário, decorrem de um procedimento "construtivo". Explica Gisele Cittadino (2009, p.187): "Ressalte-se, entretanto, que, por invocar princípios morais, Dworkin não pode ser identificado como um representante do pensamento jusnaturalista clássico. Afinal, da sua postura antipositivista não decorre um compromisso jusnaturalista com uma moral objetiva que pressupõe a existência de princípios universais e inalteráveis que devem apenas ser descobertos pela razão humana. Os princípios morais não resultam de um processo 'contemplativo', mas, ao contrário, de um processo 'construtivo'. Com efeito, Dworkin supõe que a argumentação moral constrói historicamente princípios capazes de justificar as instituições da sociedade, em função dos seus próprios conteúdos e de sua força argumentativa." No mesmo sentido: Bustamante (2012, p.136).

⁹⁰ Carla Faralli (2006, p.5) bem sintetiza a importância dessa aproximação: "Assim, com a queda da rígida distinção entre direito e moral, que caracteriza o positivismo jurídico até Hart, abre-se um novo caminho para uma filosofia do direito normativa, empenhada em questões de grande repercussão política e moral, em estreita conexão com a filosofia política e a filosofia moral." Ainda Pablo López Ruf (2011, p.290): "*El Derecho no sólo es un sistema de reglas primarias y secundarias identificadas por una regla de reconocimiento por cuanto esta definición omite el rol relevante que los principios juegan en la decisión judicial y en la construcción democrática, y*

Es decir, que Hércules tiene que hacer una construcción en que encaje todo esse magma moral, político y jurídico. Tiene que elaborar una teoría coherente de la Constitución, de la moralidad colectiva y de la tradición jurisprudencial, una teoría que dé como resultado un abanico de principios no incompatibles entre si y que expliquen, den sentido y justifiquen la propia Constitución, las tradiciones de la profesión jurídica, los antecedentes y las normas explícitas del sistema. [...]. La teoría de Dworkin es muy compleja y está llena de destellos e incitaciones de gran agudeza, por lo que es prácticamente imposible hacerle justicia en estas breves notas. Lo que la caracteriza, no obstante, en términos generales es que sugiere con cierto vigor que la argumentación judicial, y la argumentación jurídica en general, es una forma especializada y compleja de argumentación moral, o al menos que puede diseñarse con los moldes de ésta.

Robert Alexy discorre sobre a relação entre direito e moral de acordo com as visões do observador e do participante.⁹¹ Sustenta que a tese positivista da separação, a partir da leitura do observador, é correta (excepciona, no entanto, as situações extremadas). Contudo, sob a óptica do participante, o quadro é diverso, sendo possível falar numa vinculação entre direito e moral. Elabora três argumentos: (i) o argumento da correção; (ii) o argumento da injustiça; e (iii) o argumento dos princípios. Interessa o último, pois diretamente relacionado ao tema debatido. Antes, porém, deve ser dito que a pretensão de correção é elemento do conceito de direito e, por isso, todo o sistema jurídico sugere pretensão à correção (ALEXY, 2009, p.41-42). Esse argumento, portanto, dá suporte aos outros dois (argumento da injustiça e argumento dos princípios). O argumento da injustiça alcança situações excepcionais (leis extremamente injustas), enquanto que o argumento dos princípios "diz que o juiz também está legalmente vinculado no âmbito da abertura do direito positivo, ou seja, do direito estabelecido e eficaz, e isso cria uma vinculação necessária entre direito e moral" (ALEXY, 2009, p.84). O itinerário que conduz a essa conexão passa por três teses, por ele assim designadas: "tese da incorporação", "tese da moral" e "tese da correção" (ALEXY, 2009, p.85-86).

replantan para la teoría jurídica las relaciones entre Derecho y moral, la que en los casos difíciles no es una relación contingente."

⁹¹ Explica Robert Alexy (2009, p.30): "Aqui será empregada a seguinte interpretação: a *perspectiva do participante* é adotada por quem, num sistema jurídico, participa de uma argumentação sobre o que nele é ordenado, proibido, permitido e autorizado. No centro da perspectiva do participante está o juiz. [...]. A *perspectiva do observador* é adotada por aquele que não pergunta o que é a decisão correta num determinado sistema jurídico, e sim como de fato se decide em determinado sistema jurídico." Em sentido análogo, Herbert Hart (2009, p.75-76 e 115-118).

A tese da incorporação sugere que todo o sistema jurídico minimamente desenvolvimento contém necessariamente princípios, ou seja, os sistemas jurídicos modernos incorporaram os princípios fundamentais do direito natural (dignidade da pessoa humana, liberdade, igualdade, estado de direito, democracia etc.) e isso, diz Alexy, serve de base para a fundamentação de uma conexão necessária entre direito e moral. Em seguida, Alexy trabalha uma conexão fraca entre direito e moral (tese da moral), dando conta de que esse vínculo é estabelecido com "uma moral qualquer, seja ela certa ou errada", perspectiva ainda compatível com o positivismo, isso porque, nos casos duvidosos, o juiz está autorizado a decidir baseado em critérios extrajurídicos (textura aberta). Por fim, em relação à tese da correção, Alexy ressalta que essa conexão passa necessariamente pela noção de moral correta. Argumenta que a tese não apresenta problemas quando os princípios do direito positivo guardam um conteúdo exigido ou, ao menos, admitido. Contudo, adverte que o panorama é diferente quando se trata das situações encontradas aquém do limiar da "injustiça extrema", pois, à evidência, ali reina a divergência, constatação, porém, que não quer significar a inexistência de critérios para se aferir entre o justo e o injusto. A chave para esses parâmetros está na pretensão à fundamentalidade, perspectiva que a um só tempo leva a um cumprimento mínimo para que não seja identificada como falsa e a um cumprimento máximo para tê-la por correta. Isso não conduz "a uma conexão conteudística [...], e sim a uma conexão necessária entre o direito e a moral correta, no sentido de uma moral fundamentada." (ALEXY, 2009, p.97), ou seja, a fundamentalidade exige que a decisão esteja alicerçada numa "moral fundamentável".

Robert Alexy não só reafirma a ponte entre direito e moral, como sustenta a tese da correção como ideia reguladora, no sentido de que a conexão entre o direito e a moral considerada correta pressupõe fundamentação, fundamentação típica do direito, tema que obviamente não dispensa outras considerações. Contudo, o momento contenta-se com a perspectiva de que os princípios constitucionais incorporados às Constituições democráticas do segundo Pós-Guerra permitiram que os sistemas, antes isolados, operassem mediante único eixo, a ponto de Manuel Atienza (2009, p.113) afirmar que a discussão, hoje, gira em torno das múltiplas formas de interpretação autorizadas pelos princípios jurídicos.

Por lo que se refiere a los Derechos de las sociedades democráticas avanzadas, la conexión entre el Derecho y la moral es tan estrecha que a veces tendríamos problemas para distinguir el discurso (a propósito, por ejemplo, del aborto, de la eutanásia o de la discriminación inversa) de un teórico de la moral, de un constitucionalista o de un juez al redactar el fundamento de Derecho en que pretende basar una determinada decisión. Esto es una consecuencia de la 'moralización' de nuestros Derechos, esto es, del hecho de que los sistemas jurídicos han positivizado (vía la Constitución) los principios de una moral universal que no pretende ser simplemente la moral social de un determinado grupo. La moral ha emigrado, pues, el interior de los Derechos, de manera que, en general, los conflictos Morales que tiene que afrontar un jurista no son ya conflictos entre el Derecho y la moral, sino entre maneras distintas de interpretar los principios Morales incorporados por el Derecho.

Feitas essas considerações, é possível afirmar que a abordagem de Ronald Dworkin sobre o teste de origem pouco interfere no desenvolvimento desse trabalho, isso porque os princípios jurídicos foram positivados, explícita ou implicitamente, na Constituição.⁹² Contudo, a permeabilidade dessas prescrições às exigências morais numa sociedade marcada por profundos desacordos, como a subsequente incidência desses preceitos, independentemente de mediação legislativa ou quando deficitária a densificação infraconstitucional, faz ainda mais atual o problema da discricionariedade do intérprete, até porque o próprio Dworkin reconhece que a figura mitológica de Hércules é apenas ideal. O juiz é chamado a aplicar uma norma dotada de pouca densidade, porém carregada de sofisticada conflituosidade. Em termos diferentes, se a superação do positivismo legalista foi alcançada pela normatividade conferida à Constituição (os princípios são normas jurídicas), coloca-se, agora, o problema da efetividade. Mas da efetividade de qual Constituição? Explica Santiago Sastre Ariza (2009, p.250): *"La presencia en las Constituciones de estándares de moralidad, que pueden llegar a colisionar en su aplicación a casos concretos, ha contribuido poderosamente a dificultar la tarea de saber cuál es el contenido de las disposiciones jurídicas"*.

⁹² No particular, parece ter razão Herbert Hart (2009, p.341-342) quando assinala que "não há nada no caráter não-conclusivo dos princípios nem em suas outras características que impeça que eles sejam identificados por critérios de *pedigree*. Pois, evidentemente, uma cláusula de uma constituição escrita, emenda constitucional ou lei pode ser interpretada como destinada a atuar da mesma maneira não-conclusiva que caracteriza os princípios, fornecendo razões para uma decisão que podem ser sobrepujadas se outra norma ou princípio oferecer razões mais fortes para uma decisão diferente. [...]. Diante desses exemplos de princípios jurídicos identificados por critérios de *pedigree*, torna-se insustentável qualquer argumento genérico no sentido de que a inclusão dos princípios como parte do direito implica o abandono da doutrina da norma de reconhecimento."

2.1.3 Ensaio sobre a normatividade

À Constituição, embora inserida no ápice da escala normativa, foi negada a condição de autêntica norma jurídica.⁹³ Impunha-se, à efetivação dos ditames nela contidos, prévia regulamentação infraconstitucional, e não poucas vezes a leitura constitucional restou condicionada ao enfoque atribuído pela legislação menor, decorrência da centralidade da lei e da supremacia do legislativo. Tratavam-na como um documento puramente político, de modo que os preceitos nela contidos não passavam de simples exortações ou conselhos⁹⁴, lembretes despídos ou dotados de rarefeita normatividade. O pêndulo oscilava em favor das conhecidas lições de Ferdinand Lassalle (2001, p.33), que, em síntese, enxergava a Constituição como uma simples folha de papel, caso ela estivesse dissociada dos fatores reais de poder.⁹⁵ Sendo assim, detectado o distanciamento entre a Constituição escrita e a Constituição real, como consequência inevitável a primeira sucumbiria às forças vitais do país. Essa concepção, adotada pela vertente marxista, quando somada ao tratamento dispensado ao constitucionalismo pelas monarquias absolutistas, fez das

⁹³ De acordo com Karl Loewenstein (1979, p.216-222) as Constituições podem ser classificadas em: (i) normativas; (ii) nominalistas; e (iii) semânticas. As primeiras, pelo conteúdo e procedimento, são vinculantes. Às segundas, ainda que disponham sobre a limitação e o controle do poder político, faltaria suficiente concretização. As últimas, diferentemente das anteriores, destacam-se apenas como instrumento de poder.

⁹⁴ Norberto Bobbio (2008, p.75-78) bem examina a distinção entre comandos (imperativos) e conselhos. Explica: "os imperativos (ou comandos) são aquelas prescrições que possuem maior força vinculante. Essa maior força vinculante se exprime dizendo que o comportamento previsto pelo imperativo é obrigatório, ou, em outras palavras, que o imperativo gera uma obrigação na pessoa a quem é destinado. Imperativo e obrigação são dois termos correlatos: onde há um, há outro." Em seguida, com baseado em Hobbes, acrescenta: "Quanto ao comportamento da pessoa do destinatário, nesse caso intervém a diferença sem dúvida mais importante e que seria suficiente para distinguir o comando do conselho [...]: enquanto sou obrigado a seguir um comando, tenho a faculdade de seguir ou não um conselho."

⁹⁵ A postura de Ferdinand Lassalle encerra uma definição sociológica de Constituição. Diz Marcelo Neves (2007, p.58-59): "A definição 'sociológica' clássica de Constituição, formulou-a Lassalle em célebre conferência de 1862. [...]. Mas Lassalle não se limitou a formular um conceito sociológico de Constituição. Além disso, conceituou esta em sua dimensão simplesmente socioeconômica e sociopolítica, ao considerar as normas jurídicas constitucionais como merca expressão da Constituição 'real', da qual seriam absolutamente dependentes, sem nenhuma reação condicionadora."

Constituições simples retórica, mera expressão simbólica (sentido negativo).⁹⁶ Diz Eduardo García de Enterría (1991, p.42):

Esos dos embates son decisivos (por la derecha y por la izquierda), hasta el punto de que en Europa continental va a perderse con alguna excepción, el sentido genuino de Constitución durante casi todo el siglo XIX (y en Alemania y Centroeuropa hasta 1919 y prácticamente hasta segunda postguerra, como también entre nosotros, tras el constitucionalismo originario presente em Cádiz, prácticamente hasta la nueva Constitución). La teoría jurídica reflejará ese hecho. La Constitución deja de ser una norma con un origen y un contenido determinados. En consecuencia directa, deja también de ser una norma invocable ante os Tribunales, y va a pasar a teorizarse, simplemente, como una mera exigencia lógica de la unidad del ordenamiento.

O constitucionalismo volta a ganhar espaço na Europa continental com a redemocratização dos países no segundo Pós-Guerra (VIGO, 2011, p.463), tendo contribuído, para tanto, a recepção do modelo constitucional elaborado por Hans Helsen, assim como um olhar mais atento para o controle de constitucionalidade estadunidense (ENTERRÍA, 1991, p.56). No constitucionalismo estadunidense, o povo fixou num texto escrito as limitações do poder e os direitos fundamentais, de modo que as iniciativas contrárias foram eficazmente coibidas.⁹⁷ A lei, diferentemente do sistema francês, encerra uma atividade delegada ou, pode-se dizer, o exercício de um poder derivado (ZAGREBELSKY, 1992, p.70), construção que não só alimenta a supremacia constitucional (*paramount law*), como confia a guarda da Constituição, ainda que implicitamente, ao Judiciário (*judicial review of legislation*).⁹⁸

⁹⁶ A expressão foi satisfatoriamente trabalhada por Marcelo Neves (2007, p.90-91). Explica: "Da exposição sobre a relação entre texto constitucional e realidade constitucional, pode-se retirar um primeiro elemento caracterizador da constitucionalização simbólica, o seu sentido negativo: o fato de que o texto constitucional não é suficientemente concretizado normativo-juridicamente de forma generalizada."

⁹⁷ Giovanni Tarello (1976, p.611) fala sobre a justiciabilidade da Constituição americana: "*Per 'giustiziabilità' si intende una qualità delle costituzioni e un'idea operativa in talune esperienze costituzionali: la qualità delle costituzioni di essere formulate in modo da consentire il ricorso al giudice da parte dei soggetti che sono o si pretendono lesi in un loro diritto costituzionalmente garantito, e l'idea secondo cui una costituzione è veramente tale se formulata in modo da rendere possibile una tutela giurisdizionale dei diritti individuali.*"

⁹⁸ Carlos Alberto Lúcio Bittencourt (1997, p.14-17) fala sobre as dificuldades iniciais do controle de constitucionalidade norte-americano, sugerindo que ao menos por três vezes a doutrina esboçada por Marshall esteve perto de perder a eficácia. A primeira, com o próprio Marshall, que procurou negociá-la por maiores prerrogativas à função judicante (diante do *impeachment* tentado contra o *Justice* Samuel Chase, ameaça que atingia a ala federalista da Corte; Marshall, então, pleiteou a criação de um tribunal dentro do próprio Congresso, ideia que não prosperou por conta da rejeição

Fundamental, ainda, o trabalho doutrinário de Konrad Hesse que, ao estabelecer uma direta ofensiva à concepção de Lassalle, fez ver que a Constituição possui força própria, motivadora e ordenadora da vida do Estado. Para Hesse (1991, p.15), a Constituição é normativa, não é apenas a expressão de um ser, mas também de um dever ser. A Constituição é força ativa quando as tarefas que impõe são realizadas e, mais do que isso, se existir a disposição de orientar a própria conduta segundo a ordem nela estabelecida (vontade de Constituição ou sentimento constitucional).⁹⁹ Ao lado desses elementos, outro fator também importante contribuiu para o ressurgimento do constitucionalismo, ou seja, o trabalho realizado pelas teorias críticas do direito¹⁰⁰, em especial pela ostensiva exposição do positivismo legalista (MÜLLER, 2009, p.120), porém, na hipótese, com alguns colaterais efeitos, como, por exemplo, o descrédito na dogmática jurídica como instrumento de emancipação (SCHIER, 1999, p.34) e do direito como espaço de atuação das forças progressivas (BARROSO, 2008, p.17).

Clèmerson Merlin Clève (1993, p.218-224) explica que a doutrina confundiu a dogmática com o dogmatismo, como, por igual, o positivo com o positivismo. A dogmática instrumentaliza o aparato jurisdicional do Estado e, por isso, "poderá situar-se no âmbito de uma sociedade aberta, democrática e plural, enquanto este (o dogmatismo) não foge do apego indiscriminado ao dogma." O positivo qualifica o direito dominante em determinado tempo histórico, ao passo que o positivismo

do *impeachment*); A segunda é atribuída a Andrew Jackson, quando vetou a reorganização do Banco dos Estados Unidos, cuja constitucionalidade fora reconhecida por Marshall e seus pares. Fundamentou-se o veto no caráter puramente opinativo da Corte. A terceira foi a repulsa de Lincoln, que sempre se mostrou contrário à supremacia do Judiciário. Contudo, vencidas essas crises, consolidou-se a doutrina de Marshall, prevalecendo, portanto, a orientação traçada no caso *Marbury v. Madison* (1803).

⁹⁹ Pablo Lucas Verdù (2006, p.71), baseado nas lições de Pellegrino Rossi, explica que "o sentimento constitucional é um *lien moral* entre as instituições e os homens. Se essa relação falha, resulta que a) nada é sólido nem regular, b) não há cuidado na defesa da ordem estabelecida, c) nem espírito de continuidade nas reformas." Noutra passagem, acrescenta (2006, p.74): "o conceito de Constituição é completo quando, à sua inteligência teórica, une-se sua compreensão emocional através do sentimento que se adere ao conceito. O ensino do Direito Constitucional não se esgota na explicação de suas evidentes e necessárias conexões lógicas e técnicas. Requer, além disso, que se insista na necessidade de que a sociedade adira à Constituição, sentido-a como coisa própria." No mesmo sentido: Peter Häberle (2009, p.4); Raul Machado Horta (2011, p.1124-1126).

¹⁰⁰ Cláudio Michelon (2011, p.262), por exemplo, afirma que no Brasil a incorporação dos princípios jurídicos à argumentação "faz parte da segunda geração de ataques ao formalismo jurídico, que se segue à primeira geração composta pelo amplo espectro de teorias relacionadas direta ou indiretamente ao chamado 'direito alternativo'."

esboça um método de conhecimento aplicado ao direito. Acrescenta o professor titular da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Paraná: "O positivismo merece crítica e superação. Já o positivo que qualifica o direito dominante merece análise e explicação. Exatamente porque aí reside o *locus*, o espaço onde a luta pelo novo direito residirá." Ainda: "o direito dominante contemporâneo é, pois, além de outras coisas, um espaço de mediação e luta entre forças dotadas de interesses antagônicos e conflituosos." Daí a ideia de emancipação constitucional também pela dogmática¹⁰¹, mudança de postura que em muito colaborou para o reconhecimento da normatividade constitucional. A mudança do *habitus* foi igualmente necessária (BOURDIEU, 1990, p.98), dado o tradicional apego à supremacia parlamentar. Diz Konrad Hesse (1991, p.21):

Um ótimo desenvolvimento da força normativa da Constituição depende não apenas do seu conteúdo, mas também de sua *práxis*. De todos os partícipes da vida constitucional, exige-se partilhar aquela concepção anteriormente por mim denominada vontade de Constituição (*Wille zur Verfassung*). Ela é fundamental, considerada global ou singularmente. Todos os interesses momentâneos – ainda quando realizados – não logram compensar o incalculável ganho resultante do comprovado respeito à Constituição, sobretudo naquelas situações em que a sua observância revela-se incômoda.¹⁰²

A normatividade da Constituição¹⁰³ levou à normatividade dos princípios constitucionais (BONAVIDES, 2001, p.243 e 248; ENTERRÍA, 1991, p.68; GRAU,

¹⁰¹ Aqui, revela-se ímpar a advertência de Peter Häberle (2009, p.29): "Desde o princípio tenho criticado o pensamento compartimentado. Com isso quero dizer o seguinte: há muitas teorias dos direitos fundamentais para as quais a dogmática é um fim em si mesmo. Para mim, no entanto, toda dogmática jurídica tem um caráter puramente instrumental, devendo desenvolver-se para servir aos direitos fundamentais e às exigências de justiça. Isto significa: toda a dogmática tem que permanecer aberta, tendo certamente a função positiva de proporcionar segurança jurídica, mas sem que seus conceitos cheguem a alcançar vida própria, pois estão a serviço do desenvolvimento contínuo dos princípios jurídico-constitucionais."

¹⁰² Ainda Néstor Pedro Sagüés (2006, p.19): "*El propósito de este trabajo ha sido, en primer lugar, reiterar que la 'fuerza normativa' de una Constitución no es sólo una cuestión de normas, sino igualmente de conductas y de valores. Está lejos de ser un elemento mágico caído del cielo constitucional. Es una potencia para la acción de la Constitución, que deriva (cuando las hay) de cláusulas realizables y legítimas, y de una leal voluntad de ejecución. Requiere, entonces, un 'haber' y un 'hacer' (el comportamiento efectivo de los operadores de la Constitución).*"

¹⁰³ Luís Roberto Barroso (2011a, p.220) bem retrata as consequências dessa normatividade: "a) a Constituição tem aplicabilidade direta e imediata às situações que contempla, inclusive e notadamente as referentes à proteção e promoção dos direitos fundamentais. Isso significa que as normas constitucionais passam a ter um papel decisivo na postulação de direitos e na

2009, p.49; LORENZETTI, 2009, p.125; MIRANDA, 2002, p.434; QUEIROZ, 2009, p.127; TAVARES, 2011a, p.613), com especial destaque, agora, à sua exigibilidade.¹⁰⁴ Ao lado das regras, os princípios dão vida ao sistema jurídico ou, em palavras diferentes, porque as regras não erguem sozinhas qualquer sistema, os princípios desempenham o papel orgânico e proteico de estruturadores e vitalizadores desse ordenamento (FREITAS, 2001, p.243). O sistema jurídico é composto e harmonizado pela conjugação de regras e princípios, isso porque a exclusiva presença de regras tende a uma consistência excessivamente rígida e à inadequação social do direito, ao passo que a incidência exclusiva de princípios (em detrimento das regras), primeiro, tende a bloquear a consistência jurídica e, segundo, tende a subordinar todo o sistema às instruções externas, acarretando, com isso, insegurança e desconfiança na ordem constitucional (NEVES, 2010, p.138; CANOTILHO, 2002, p.1146).

Assim sendo, independentemente das eventuais distinções (item 2.2), fato é que as regras e os princípios são normas jurídicas, de modo que dizem o que deve ser. Ambos são formulados por meio das expressões deônticas básicas do dever, da permissão e da proibição (ALEXY, 2008, p.87). Então, sem desprezar as outras funções deferidas aos princípios jurídicos, na atualidade, são eles encarados como comandos prescritivos, dotados de imperatividade, conclusão encampada não só pela doutrina, como também pela jurisprudência brasileira (e.g. STF, ADI 1521/RS, Rel. Min. Marco Aurélio, j. 12.03.1997; ADC/DF 12, Rel. Min. Carlos Britto, j. em

fundamentação de decisões judiciais; b) a Constituição funciona como parâmetro de validade de todas as demais normas jurídicas do sistema, que não deverão ser aplicadas quando forem com ela incompatíveis. A maior parte das democracias ocidentais possui supremas cortes ou tribunais constitucionais que exercem o poder de declarar leis e atos normativos inconstitucionais; c) os valores e fins previstos na Constituição devem orientar o intérprete e o aplicador do Direito no momento de determinar o sentido e o alcance de todas as normas jurídicas infraconstitucionais, pautando a argumentação jurídica a ser desenvolvida."

¹⁰⁴ Eis as elucidativas lições de Norberto Bobbio (2008, p.297), em especial porque reconhecidamente partidário do positivismo jurídico. "Os princípios gerais, a meu ver, são apenas normas fundamentais ou normas generalíssimas do sistema. O nome 'princípios' induz a erro, de tal forma que é antiga questão entre os juristas saber se os princípios gerais são normas. Para mim não resta dúvida: os princípios gerais são normas como todas as outras. E essa é também a tese sustentada pelo estudioso que se ocupou amplamente do problema, Crisafulli. Para sustentar que os princípios gerais são normas, os argumentos são dois, e ambos válidos: em primeiro lugar, se são normas aquelas das quais os princípios são extraídos, mediante um procedimento de generalização sucessiva, não há motivo para que eles também não sejam normas: se abstraio de espécies animais, objeto sempre animais, e não flores ou estrelas. Em segundo lugar, a função pela qual são extraídos e usados é igual àquela realizada por todas as normas, ou seja, a função de regular um caso."

20.08.2008; STJ, AgRg no REsp. n.º 1.002.335-RS, Rel. Min. Luiz Fux, j. 21.08.2008; STJ, MC n.º 16.261-RN, Rel. Min. Napoleão Nunes Maia Filho, j. 16.03.2010).¹⁰⁵

Significa dizer: se não há novidade no reconhecimento dos princípios jurídicos como fonte do direito, embora subsidiária, é possível afirmar que a novidade decorreu da constitucionalização e normatividade a eles atribuída, formatação que lhes confere compulsória observação. Como ensina J. J. Gomes Canotilho (2000, p.83-84), a atuação jurisdicional, hoje, reclama a "principalização da jurisprudência, ou seja, a mediação judicativo-decisória dos princípios jurídicos para a solução materialmente justa dos feitos submetidos à apreciação judicial", afirmando, mais, que ao contrário dos séculos XIX e XX (primeira parte), em que prevalecia o direito das regras e dos códigos, o Estado Democrático de Direito reivindica principalmente um direito de princípios. Contudo, essa "principalização" tem gerado sérios desencontros na aplicação dos princípios constitucionais, isso porque, à evidência,

¹⁰⁵ É possível invocar, no particular, parte do voto proferido pelo Min. Gilmar Ferreira Mendes na ADC n.º 12/DF, j. 20.08.2008. Literalmente: "A ideia de submissão da Administração à lei é, hoje, quase óbvia. No entanto, como ensina García de Enterría, é preciso ter cuidado para não entender como lei apenas a lei em sentido formal. O conceito de legalidade não faz referência a um tipo de norma específica, mas ao ordenamento jurídico como um todo, o que Hauriou chamava de 'bloco de legalidade'. Portanto, quando a Constituição, em seu art. 5.º, II, prescreve que '*ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei*', por 'lei' deve-se entender o conjunto do ordenamento jurídico, cujo fundamento de validade formal e material encontra-se precisamente na própria Constituição. Traduzindo em outros termos, a Constituição diz que ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa que não esteja previamente estabelecido na própria Constituição e nas normas dela derivadas. Assim, é certo que não apenas a Lei em sentido formal, mas também a Constituição emite comandos normativos direcionados à atividade administrativa. Esses comandos normativos podem possuir a estrutura de regras ou de princípios. No primeiro caso, a prescrição detalhada e fechada da conduta deontologicamente determinada estabelece uma estrita vinculação da Administração Pública. Por exemplo, a regra da anterioridade tributária descrita pelo enunciado normativo do art. 150, III, da Constituição. No caso dos princípios, a estrutura normativa aberta deixa certas margens de 'livre apreciação' (*freie Ermessen*) ao Poder Administrativo. Assim ocorre quando a Constituição, em seu art. 37, determina a obediência, pela Administração Pública, à moralidade e à impessoalidade. [...]. A indeterminação semântica dos princípios da moralidade e da impessoalidade não pode ser um obstáculo à determinação da regra de proibição do nepotismo. Como bem anota García de Enterría, na estrutura de todo conceito indeterminado é identificável um 'núcleo fixo' (*Begriffkern*) ou 'zona de certeza', que é configurada por dados prévios e seguros, dos quais pode ser extraída uma regra aplicável ao caso. A vedação do nepotismo é regra constitucional que está na zona de certeza dos princípios da moralidade e da impessoalidade. Não é de hoje que o nepotismo é uma prática condenada pela sociedade brasileira. [...]. Dessa forma, o ato administrativo que implique nesse tipo de prática imoral é ilegítimo, não apenas por violação a uma determinada lei, mas por ofensa direta à moralidade que atua como substrato ético da ordem constitucional. Nesse sentido, é possível afirmar que não seria necessária uma lei em sentido formal para instituir a proibição do nepotismo, pois ela já decorre do conjunto de princípios constitucionais, dentre os quais têm relevo os princípios da moralidade e da impessoalidade."

aguça a criatividade judicial.¹⁰⁶ Daí o encaminhamento no sentido de se estabelecer, nos limites do Judiciário, um controle efetivo das decisões judiciais, notadamente quando proferidas sem a recomendável mediação legislativa.

2.1.4 Aplicação independentemente de mediação legislativa

A normatividade atribuída à Constituição e consequentemente aos princípios constitucionais, explícitos ou implícitos, descortina outro importante debate, agora voltado à eficácia jurídica desses comandos. Se outrora fundamentavam a produção legislativa, função normogenética, atualmente os princípios constitucionais também reivindicam a produção de efeitos, inclusive sem que dependa da *interpositio legislatoris*.¹⁰⁷ A legislação, muito embora relevante para o desenvolvimento dos princípios constitucionais e à subsequente execução dos programas traçados pela Constituição (GUASTINI, 2010, p.56), quando ausente, não inibe que essa modalidade normativa produza efeitos.¹⁰⁸ Sendo assim, a localização do problema não mais

¹⁰⁶ O termo é usado para identificar as interpretações que dependem mais intensamente das opções valorativas do intérprete (WRÓBLEWSKI, 1988, p.83).

¹⁰⁷ Em se tratando de direitos e garantias fundamentais, sejam eles exteriorizados por regras ou por princípios constitucionais, o art. 5.º, § 1.º, da CF é suficientemente claro. Literalmente: "As normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata."

¹⁰⁸ Embora recomendável, uma regulamentação infraconstitucional nem sempre é possível ou até mesmo "desejável". Luis Roberto Barroso (2011b, p.362), ao elencar as razões para uma ampla judicialização da política no Brasil, anota: "Há uma terceira: os atores políticos, muitas vezes, preferem que o Judiciário seja a instância decisória de certas questões polêmicas, em relação às quais exista desacordo moral razoável na sociedade. Com isso, evitam o próprio desgaste na deliberação de temas divisivos, como uniões homoafetivas, interrupção de gestação ou demarcação de terras indígenas". Alguns outros exemplos dessa intensa atividade judicial são colhidos da jurisprudência por Daniel Sarmiento (2010, p.253-254). Max Möller (2011, p.35), ao discorrer sobre a estrutura aberta dos princípios constitucionais, cogita da dificuldade de se operar sempre com base em regras jurídicas: "[...] quando analisarmos a interpretação constitucional, a utilização de uma estrutura aberta para os princípios é quase que uma imposição ao legislador constitucional. Primeiro porque os ordenamentos constitucionais que se caracterizam pela pluralidade exigem a necessidade de consagrar mandamentos opostos, de modo que interesses conflitantes possam ser mensurados tanto pelo legislador quanto pelo órgão que exerce o controle da constitucionalidade. Em segundo lugar, porque considerando que as constituições ocupam o cume dos ordenamentos jurídicos, não é possível tutelar um valor como a dignidade, por exemplo, através de uma série de regras exaustivas que já tragam uma solução fixa e determinada, isto é, um suposto de fato ligado a uma consequência jurídica. Tal estrutura, além de não permitir uma abrangência ampla de

reside na viabilidade de imediata invocação dos princípios constitucionais, mas, ao contrário, concentra-se no sentido a eles atribuído pelo intérprete/aplicador. Então, antes de uma rápida abordagem da classificação das normas constitucionais, leitura que mais se achega ao constitucionalismo clássico, impõe-se a advertência de que a eficácia jurídica atribuída aos princípios, nas hipóteses de ausência ou deficitária mediação legislativa, revela uma mais intensa atividade judicial, perspectiva que não dispensa um controle efetivo dessas decisões ou mesmo um controle de constitucionalidade das decisões judiciais.

A eficácia jurídica é a irradiação de efeitos dos fatos jurídicos (PONTES DE MIRANDA, 1999, p.63) ou, como ensina Marcos Bernardes de Mello (1985, p.96), o plano de eficácia é a parte do mundo jurídico em que os fatos jurídicos produzem os seus efeitos, ao criar situações jurídicas, relações jurídicas, direitos e deveres, pretensões e obrigações, como ações e exceções. A efetividade (eficácia social), ao contrário, consiste na própria realização do direito.¹⁰⁹ A eficácia jurídica da norma nada mais é do que a qualidade de produzir, em maior ou menor grau, efeitos jurídicos, enquanto a eficácia social refere-se ao fato de que a norma é obedecida e efetivamente aplicada. A eficácia social corresponde à efetividade; já a eficácia jurídica está circunscrita à possibilidade de que isso venha a acontecer (SILVA, 1998, p.65-66).

Realizada essa preliminar distinção, em paradigmático estudo José Afonso da Silva preocupa-se essencialmente com a eficácia jurídica, na medida em que, de início, imputa à perspectiva sociológica o saber relativo à efetiva produção de efeitos. Elabora, então, a conhecida classificação das normas constitucionais¹¹⁰, não sem

todos os casos, não permitiria a iteração dessa norma com outras que eventualmente pudessem ser opostas."

¹⁰⁹ Sendo assim, não é por motivo diverso que os processualistas, ao trabalharem a efetividade do processo, pugnam pela realização do direito nos moldes concebidos pelo direito material. Inclusive, já virou rotina – com Giuseppe Chiovenda (1998, p.67) – dizer que "o processo deve dar, quanto for possível praticamente, a quem tenha direito, tudo aquilo e exatamente aquilo que ele tenha direito de conseguir."

¹¹⁰ Explica José Afonso da Silva (1998, p.82-83): "Na primeira categoria (*normas de eficácia plena*) incluem-se todas as normas que, desde a entrada em vigor da constituição, produzem todos os seus efeitos essenciais (ou têm a possibilidade de produzi-los), todos os objetivos visados pelo legislador constituinte, porque este criou, desde logo, uma normatividade para isso suficiente, incidindo direta e imediatamente sobre a matéria que lhes constitui objeto. O segundo grupo (*normas de eficácia contida*) também se constitui de normas que incidem imediatamente e produzem (ou podem produzir) todos os efeitos queridos, mas preveem meios ou conceitos que permitem manter sua eficácia contida em certos limites, dadas as circunstâncias. Ao contrário, as

antes destacar que toda norma constitucional é dotada de eficácia jurídica (SILVA, 1998, p.81). Outros importantes recortes também foram elaborados pela doutrina¹¹¹, aproximando-se com maior ou menor intensidade da classificação de José Afonso da Silva, mas, a rigor, dois aspectos aproximam essas concepções: (i) não há norma constitucional completamente destituída de eficácia; e (ii) algumas normas constitucionais, para que possam produzir os seus principais efeitos, dependem de uma atuação complementar, razão pela qual são denominadas normas de eficácia limitada (SARLET; MARINONI; MITIDIERO, 2012, p.170).

Diferente, porém, é a postura abraçada por Virgílio Afonso da Silva. O autor, na medida em que sustenta a possibilidade de regulamentação das normas constitucionais que asseguram direitos fundamentais, conclui: (i) se todas essas normas podem ser restringidas, não há sentido em classificá-las em normas de eficácia plena e normas de eficácia contida; (ii) na medida em que toda a norma que garante direitos fundamentais pode e às vezes deve ser regulamentada, não há razão para a distinção entre normas de eficácia plena e normas de eficácia limitada. Então, sem negar o mérito que está por detrás da classificação de José Afonso da Silva, de que não há norma constitucional destituída de eficácia, Virgílio Afonso da Silva (2010, p.255-256) afirma que todas as normas constitucionais são de eficácia limitada. Ainda sustenta que não se pode impor aos juízes que esperem a ação dos poderes públicos e nem mesmo se pode franquear, aos juízes, a substituição dos juízos de conveniência e oportunidade dos poderes políticos pelos seus próprios, significando, em outras palavras, que as infundadas omissões podem ser supridas pelo Judiciário.¹¹²

Dessas leituras, algumas conclusões já podem levantadas: primeiro, as normas constitucionais (regras ou princípios) são dotadas de eficácia jurídica; segundo, os

normas do terceiro grupo (*normas de eficácia limitada ou reduzida*) são todas as que não produzem, com a simples entrada em vigor, todos os seus efeitos essenciais, porque o legislador constituinte, por qualquer motivo, não estabeleceu, sobre a matéria, uma normatividade para isso bastante, deixando essa tarefa ao legislador ordinário ou a outro órgão do Estado."

¹¹¹ Cf. Sarlet, Marinoni e Mitidiero (2012, p.155-180).

¹¹² Luiz Guilherme Marinoni (2006, p.60-62), notadamente em relação à omissão legislativa, assevera que incumbe ao juiz o controle da constitucionalidade da falta de lei. Textualmente: "Ora, se o juiz deve controlar a atividade legislativa, analisando a sua adequação à Constituição, é pouco mais do que evidente que a sua tarefa não deve se ater apenas à lei que viola um direito fundamental, mas também à ausência de lei que não permite a efetivação de um direito desse porte." Para uma crítica à atuação judicial baseada em princípios constitucionais, consultar, por todos, Sundfeld (2011, p.287-305).

princípios constitucionais admitem regulamentação infraconstitucional; terceiro, a regulamentação infraconstitucional, notadamente por conta do caráter contramajoritário do Judiciário, é recomendável; quarto, a falta de regulação infraconstitucional não ofusca a eficácia jurídica dos princípios constitucionais; e, por último, o intérprete e (ou) aplicador guarda um papel relevante na decisão relativa à eficácia da norma constitucional (SARLET; MARINONI; MITIDIERO, 2012, p.170).¹¹³ Ainda mais incisiva é a versão neoconstitucionalista em sua visão ideológica, conforme se extrai das lições de Riccardo Guastini (2009, p.53-55):

¹¹³ Ingo Wolfgang Sarlet discorre sobre o direito à saúde, dando conta de que por muito tempo foi considerado por expressiva jurisprudência como norma de eficácia limitada ou reduzida, mas que passou a ter eficácia plena e aplicabilidade reconhecidas, inclusive pelo STF, a ponto de se admitir a extração de direitos subjetivos não contemplados por políticas públicas preexistentes (SARLET; MARINONI; MITIDIERO, 2012, p.176). Em relação às normas programáticas, nicho dos mais resistentes ao ativismo judicial, observa Luís Roberto Barroso (2011a, p.225): "Modernamente, já se sustenta a operatividade positiva de tais normas, no caso de repercutirem sobre direitos materialmente fundamentais, como por exemplo os que se referem ao mínimo existencial." Em outras palavras, essas normas historicamente foram coajuvadas pela rígida separação de poderes e pela insindicabilidade da discricionariedade administrativa, leitura que restou flexibilizada pelo Supremo Tribunal Federal. Na ADPF n.º 45/DF, o Min. Celso de Mello, j. 04/05/2004 deixou assentado o seguinte: "É certo que não se inclui, ordinariamente, no âmbito das funções institucionais do Poder Judiciário – e nas desta Suprema Corte, em especial – a atribuição de formular e implementar políticas públicas (JOSÉ CARLOS VIEIRA DE ANDRADE, 'Os Direitos Fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976', p.207, item n.º 05, 1987, Almedina, Coimbra), pois nesse domínio, o encargo reside, primariamente, nos Poderes Legislativo e Executivo. Tal incumbência, no entanto, embora em bases excepcionais poderá atribuir-se ao Poder Judiciário, se e quando os órgãos estatais competentes, por descumprirem os encargos político-jurídicos que sobre eles incidem, vierem a comprometer, com tal comportamento, a eficácia e a integridade de direitos individuais e/ou coletivos impregnados de estatura constitucional, ainda que derivados de cláusulas revestidas de conteúdo programático. [...] Não deixo de conferir, no entanto, assentadas tais premissas, significativo relevo ao tema pertinente à 'reserva do possível' (STEPHEN HOLMES/CASS R. SUNSTEIN. 'The Cost of Rights', 1999, Norton, New York), notadamente em se tratando de efetivação e implementação (sempre onerosas) dos direitos de segunda geração (direitos econômicos, sociais e culturais), cujo adimplemento, pelo Poder Público, impõe e exige, deste, prestações positivas concretizadoras de tais prerrogativas individuais e/ou coletivas. É que a realização dos direitos econômicos, sociais e culturais – além de caracterizar-se pela gradualidade de seu processo de concretização – depende, em grande medida, de um inescapável vínculo financeiro subordinado às possibilidades orçamentárias do Estado, de tal modo que, comprovada, objetivamente, a incapacidade econômico-financeira da pessoa estatal, desta não se poderá razoavelmente exigir, considerada a limitação material referida, a imediata efetivação do comando fundado no texto da Carta Política. Não se mostrará lícito, no entanto, ao Poder Público, em tal hipótese – criar obstáculo artificial que revele o ilegítimo, arbitrário e censurável propósito de fraudar, de frustrar ou inviabilizar o estabelecimento e a preservação, em favor de pessoa e dos cidadãos, de condições materiais mínimas de existência. Cumpre advertir, desse modo, que a cláusula da 'reserva do possível' – ressalvada a ocorrência de justo motivo objetivamente aferível – não pode ser invocada, pelo Estado, com a finalidade de exonerar-se do cumprimento de suas obrigações constitucionais, notadamente quando, dessa conduta governamental negativa, puder resultar nulificação ou, até mesmo, aniquilação de direitos constitucionais impregnados de um sentido de essencial fundamentalidade."

En suma, según ciertas doctrinas, las Constituciones no son más que un <manifiesto> político cuya concretización es tarea exclusiva del legislador: los tribunales no deben aplicar las normas constitucionales – carentes de cualquier efecto inmediato – sino sólo las normas que se recogen por las leyes. Pues bien, uno de los elementos esenciales del proceso de constitucionalización es precisamente la difusión, en el seno de la cultura jurídica, de la idea opuesta, es decir, de la idea de que toda norma constitucional – independientemente de su estructura o de su contenido normativo – es una norma jurídica genuina, vinculante y susceptible de producir efectos jurídicos. [...]. En el constitucionalismo de nuestros días se tiende a pensar que la función de la Constitución es moldear las relaciones sociales. Por consecuencia, también se tiende a pensar que las normas constitucionales – sobre todo los principios generales y las normas programáticas – pueden producir efectos directos y ser aplicadas por cualquier juez en ocasión de cualquier controversia.¹¹⁴

Em termos diferentes, porque são normas jurídicas, os princípios constitucionais autorizam a produção de efeitos imediatos independentemente de mediação legislativa ou ainda quando deficitária a concretização levada a efeito pelo legislador ordinário, de modo que na atualidade as classificações edificadas à luz do constitucionalismo clássico devem ser encaradas, não como condições suspensivas de eficácia jurídica dos princípios constitucionais, mas como recomendação para que a relação entre o Judiciário e os demais poderes alcance uma diferenciada harmonização. Na medida em que a conexão entre o legislador constituinte e o juiz é feita sem intermediação, decorre daí não só a relevância dessa atividade (no juiz são concentradas as fases de produção e aplicação da norma constitucional), como também a preocupação com o suscitado caráter contramajoritário do Judiciário, tensão, aliás, sensivelmente detectada por Santiago Sastre Ariza (2009, p.242).

Esta tensión entre eficacia inmediata (que exige la actuación de los jueces) y mediata (que requiere la necesaria actuación del legislador) creo que resume muy bien cómo la principal dificultad del modelo jurídico del neoconstitucionalismo es establecer los límites o articular un diseño que permita conjugar la labor jurisdiccional y la función del legislador.

A eficácia dos princípios constitucionais é trabalhada à luz dos direitos subjetivos¹¹⁵, notadamente pela franquia judicial disponibilizada para as hipóteses de

¹¹⁴ No mesmo sentido: Carbonell (2010, p.161-162).

¹¹⁵ Diz Pontes de Miranda (1999, p.51): "Os direitos subjetivos e todos os demais efeitos são eficácia do fato jurídico; portanto, *posterius*." Ainda Pontes de Miranda (1998, p.46-55): "A regra jurídica é

ameaça ou lesão a direitos.¹¹⁶ Então, nada obstante a formatação mais aberta dos princípios constitucionais, fato é que eles servem à solução de casos concretos, constatação que redireciona o problema para os limites ou horizontes da densificação judicial. Como será oportunamente aclarado (item 2.2), eles descrevem genericamente o suporte fático (prótase) e apenas apontam para os efeitos jurídicos (apódose), de modo que o campo de eficácia dos princípios jurídicos é diverso daquele estabelecido pelas regras jurídicas.¹¹⁷ Sendo assim, quando se diz que os princípios constitucionais autorizam aplicação imediata é porque dessa espécie normativa decorrem direitos e obrigações e, desse modo, o titular do direito subjetivo (ou terceiro devidamente autorizado) poderá, na hipótese de ameaça ou lesão a direito, pleitear que os seus efeitos sejam judicialmente efetivados (CF, art. 5.º, XXXV).¹¹⁸ A insistência é escusável:

objetiva e incide nos fatos; o suporte fático torna-se fato jurídico. O que, para alguém, determinadamente, dessa ocorrência emana, de vantajoso, é direito, já aqui subjetivo, porque se observa do lado desse alguém, que é titular dele. [...]. Não há direito subjetivo sem regra jurídica (direito objetivo), que incida sobre suporte fático tido por ela mesma como suficiente." Em outras palavras, como consequência da incidência da ordem jurídica sobre os fatos, surge o direito subjetivo (efeito), entendido como determinada posição de vantagem conferida pela ordem jurídica em favor de alguém.

¹¹⁶ Ensina Raúl Gustavo Ferreyra (2003, p.59-60): "*El término 'derecho constitucional', en el sentido de derecho subjetivo conferido por la Constitución, puede ser utilizado para designar las pretensiones, facultades, potestades que la/s persona/s o grupos de personas tienen para dar, hacer o no hacer algo, y cuyo reconocimiento le es conferido por el 'orden jurídico constitucional'. El término 'derecho constitucional', en uno de los giros de su significado, es entendido como derecho subjetivo, individual, social o colectivo. [...]. Sin embargo, para conferir un derecho subjetivo, en sentido jurídico constitucional, no parece bastar con redactar el enunciado normativo atributivo del derecho. El derecho subjetivo, en sentido jurídico constitucional, sólo queda fijado si el deber del sujeto pasivo en cuestión puede ser exigible jurisdiccionalmente.*" Não é outra a leitura de Luís Roberto Barroso (2011a, p.245): "As normas constitucionais definidoras de direitos – isto é, de direitos subjetivos constitucionais – investem os seus beneficiários em situações jurídicas imediatamente desfrutáveis, a serem efetivadas por prestações positivas ou negativas, exigíveis do Estado ou de outro eventual destinatário da norma. [...]. Nas hipóteses em que se tenham criado direitos subjetivos – políticos, individuais, sociais ou difusos – são elas, como regra, direta e imediatamente exigíveis, do Poder Público ou do particular, por via das ações constitucionais e infraconstitucionais contempladas no ordenamento jurídico."

¹¹⁷ Numa distinção forte, é exatamente no plano de eficácia que os princípios diferem das regras, isso porque os direitos e deveres deles decorrentes não guardam a mesma especificidade ou detalhamento reivindicado pelas regras jurídicas.

¹¹⁸ Aqui se coloca uma importante discussão acerca da existência ou não do direito material de ação. É que, como consequência do monopólio jurisdicional do Estado, comum é o enfrentamento da ação sob o aspecto processual, notadamente como o exercício do direito subjetivo público conferido ao indivíduo, para, diante de determinada afirmação de direito material, provocar o Judiciário. Sendo assim, porque vedada a autotutela, na hipótese de resistência ou insatisfação à suscitada pretensão de direito material, franqueada está ao interessado, mediante o exercício da ação (processual), a quebra da inércia jurisdicional do Estado que, por sua vez, age por substituição (MANDRIOLI, 2008, p.12). Daí o prestígio amealhado pela ação processual, pois, ao

o problema no manejo dessas normas, especialmente quando ausente a mediação legislativa, está ligado aos efeitos desses comandos (menos específicos que aqueles decorrentes das regras) e, por isso, impõe-se um controle efetivo sobre as justificações veiculadas pelo Judiciário, raciocínio que também se aplica às situações de déficit de concretização, pois, a rigor, aqui os princípios constitucionais igualmente são invocados na solução de casos concretos. Diz Eduardo García de Enterría (2011, p.835) que *"el carácter normativo de la Constitución no impone sólo su prevalencia en la llamada interpretación declarativa, también en la (indebidamente) llamada interpretación integrativa, que colma insuficiencias de los textos legales a aplicar."*

lado da relevante distinção que se fez entre relação jurídica de direito material x relação jurídica de direito processual, foi ela corresponsável pela noção de direito processual como ciência autônoma. Esse entusiasmo (a partir do último quartel do séc. XIX) inaugura a fase científica do processo – e se muito contribuiu para o seu desenvolvimento – em contrapartida ofuscou a ação de direito material (direito material de ação), como, por igual, a própria ideia de satisfação, agora como consequência direta da pureza atribuída ao processo de conhecimento e pela ampla disseminação do rito ordinário. O processo esteve divorciado do direito substantivo, de modo que a redescoberta da fase instrumental – hoje qualificada pela noção de efetividade – bem sintetiza o enredo do processo civil contemporâneo. Resultado disso, é que a nova fase – dentre outras importantes repercussões (e.g. quebra da pureza dos processos) – também descortina a ação de direito material (instituto voltado à satisfação do direito). Dito de outro modo, paralelamente à ação processual (demanda), a teoria dualista enxerga a coexistência da ação de direito material (direito material de ação), *actio* que, diferentemente daquela (que é endereçada contra o Estado), é dirigida contra o obrigado e – como salientado – mais diretamente se preocupa com a satisfação do direito material invocado. É um dos desdobramentos do direito subjetivo, ou, nas palavras de Pontes de Miranda (1998, p.129), "a ação (de direito material) é inflamação do direito ou da pretensão." É o agir (não mais o simples exigir) para a satisfação do direito independentemente da vontade ou de qualquer conduta positiva ou negativa do obrigado, faculdade, todavia, que foi vedada pelo Estado (monopólio jurisdicional), de modo que hoje são excepcionais os casos de autodefesa. A ação de direito material pressupõe pretensão de direito material, e efetivamente existirá se por acaso também existente o direito subjetivo, ao passo que a ação processual independe da efetiva existência do direito subjetivo ou da pretensão de direito material afirmada. A ação de direito material é concreta. A processual é abstrata. Sendo assim, se procedente o pedido, para além da ação processual (que sempre existirá), haverá igualmente ação de direito material, na medida em que o Estado realiza ou satisfaz o direito independentemente da vontade do obrigado, tal qual faria o particular, não fosse a restrição da autotutela. Todavia, se porventura for julgado improcedente o pedido do autor, terá ele exercido ação processual, mas, ao contrário, ele não dispunha da ação de direito material. A ação de direito material é afirmada por meio da ação processual, muito embora a última exista sem o efetivo reconhecimento do direito subjetivo e da pretensão de direito de material. Arremata Pontes de Miranda (1998, p.110): "Se, em vez de se alcançar, com o trânsito em julgado, sentença favorável, o que advém é sentença desfavorável, por ser julgada improcedente a ação (= propôs ação que o demandante não tinha), declara-se a inexistência da ação (de direito material)."

2.2 PRINCÍPIOS E REGRAS CONSTITUCIONAIS: DIFERENTE PLASTICIDADE

A distinção entre regras e princípios constitucionais não é tarefa fácil, notadamente por conta dos inúmeros critérios metodológicos sugeridos pela doutrina.¹¹⁹ Sendo assim, mais importante foi acomodá-los, princípios constitucionais explícitos ou implícitos, no âmbito das normas jurídicas¹²⁰, perspectiva que transcende o viés subsidiário desta categoria normativa (art. 4.º da LICC)¹²¹ e a insere no eixo central da interpretação/aplicação. Os princípios constitucionais são diretamente invocados na solução de casos concretos, franquia, porém, que não ofusca a preferência pela prévia densificação legislativa¹²², já que ao menos dois argumentos militam em favor desta prioridade: a diferenciada plasticidade desses comandos e o viés contramajoritário do Poder Judiciário.¹²³ Como recomendação, portanto, isso não leva à conclusão de que eles (os princípios jurídicos), sem elas (as regras jurídicas), não possam incidir diretamente sobre

¹¹⁹ Robert Alexy (2008, p.86-90), antes de elaborar a sua difundida dicotomia entre regras e princípios jurídicos, elenca os critérios tradicionais dessa distinção. Ana Paula de Barcellos (2011, p.53-57), antes de apresentar os seus critérios de distinção, igualmente oferece um inventário importante sobre as clássicas distinções entre essas categorias normativas. Antecipa-se, de plano, que a tese definiu como marco teórico a distinção construída por Robert Alexy, mas, por igual, valeu-se das contribuições de Ana Paula de Barcellos, especialmente no que diz respeito às concepções axiológicas na definição de conteúdo dos princípios constitucionais.

¹²⁰ A expressão foi utilizada para destacar a imperatividade desses comandos (REALE, 2001, p.34). No mesmo sentido, Karl Engisch (2008, p.38): "Retomemos agora a fórmula segundo a qual as regras jurídicas são imperativos. Ela quer dizer que as regras jurídicas exprimem uma vontade da comunidade jurídica, do Estado ou do legislador. Esta dirige-se a uma determinada conduta dos súbditos, exige esta conduta com vista a determinar a sua realização. Enquanto os imperativos jurídicos estiverem em vigor, eles têm força obrigatória. Os deveres (obrigações) são, portanto, o correlato dos imperativos."

¹²¹ Hoje, em face do advento da Lei n.º 12.376/10, fala-se em Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro. Esse rótulo, todavia, em nada alterou a redação do art. 4.º: "Quando a lei for omissa, o juiz decidirá o caso de acordo com a analogia, os costumes e os princípios gerais do direito."

¹²² J. J. Gomes Canotilho (2002, p.1157-1159) ensina que a concretização e (ou) a densificação dos princípios constitucionais também se opera por meio de outros princípios ou subprincípios. Inclusive, no campo dos direitos fundamentais, o autor (2002, p.1247), ao lado das regras legais restritivas, cogita das regras legais conformadoras, instrumentos que "completam, precisam, concretizam ou definem o conteúdo de protecção de um direito fundamental".

¹²³ Acentua Humberto Ávila (2009, p.4): "as regras têm a função de eliminar ou reduzir problemas de coordenação, conhecimento, custos e controle de poder. A descrição daquilo que é permitido,

situações concretas e dali extrair importantes consequências, conforme, aliás, ostensivamente defendido por Alexy (2008, p.107): "os princípios podem também ser razões para decisões, isto é, para juízos concretos de dever-ser". Em resumo, são preceitos sindicáveis independentemente de mediação legislativa conformadora.¹²⁴

Feitas essas primeiras considerações, é preciso anotar que ao menos três correntes se debruçam sobre a distinção entre regras e princípios jurídicos. Uma primeira, baseada numa forte distinção, vê nas regras e nos princípios qualidade e aplicação substancialmente diversa. Uma segunda, tese da conformidade, não visualiza diferenças entre as duas espécies normativas.¹²⁵ Por fim, uma terceira que sugere uma dúctil distinção.¹²⁶ No Brasil, a tese da separação forte entre regras e princípios jurídicos mereceu destacada acolhida (BONAVIDES, 2001, p.259-260; GUERRA FILHO, 2001, p.281; BARROSO, 2008, p.29-35; SILVA, 2010, p.45-46), em especial pela receptividade das lições de Ronald Dworkin e Robert Alexy, mas, é fato, essa predominância não quer significar ausência de críticas ou absoluta uniformidade no trato desse tema. Humberto Ávila, por exemplo, ao passo que procura demonstrar a inconsistência da distinção forte entre regras e princípios jurídicos

proibido ou obrigatório diminui a arbitrariedade e a incerteza, gerando ganhos em previsibilidade e em justiça para a maior parte dos casos."

¹²⁴ Em sentido contrário, Elival da Silva Ramos (2010a, p.185-186).

¹²⁵ Cf. AARNIO, 2000, p.596. Para o autor, dentro das fronteiras linguísticas, não há diferença qualitativa entre regras e princípios, mas de acordo com a escala por ele elaborada ("regras, regras que parecem princípios, princípios que parecem regras e princípios") pode existir diferença de grau. Também sob o ponto de vista deôntico, não há distinção entre regras e princípios, na medida em que possuem a mesma estrutura.

¹²⁶ A dúctil distinção, de acordo com André Rufino do Vale (2009, p.112), dispõe que as "propriedades estruturais e funcionais dos princípios podem ser encontradas nas regras e vice-versa". Os princípios, em geral, são concebidos mediante o uso de expressões mais abertas. Contudo, também as regras já não escapam às locuções mais elásticas (conceitos vagos e indeterminados), sem dizer que – do ponto de vista funcional – a ponderação não é exclusiva de um determinado tipo de norma. Em debate, aqui, um forte elemento: a derrotabilidade das normas (todas as normas, regras ou princípios, fornecem razões *prima facie*, característica que a alimenta a subsequente derrotabilidade). Escreve Alfonso García Figuerola (2010, p.192): "*Creo que este planteamiento que la distinción sereva entre reglas y principios es improcedente, y distorsiona la realidad del derecho bajo un Estado constitucional. Pero para fundar esta afirmación es necesario explicar, además, qué cabe entender por <principio> más precisamente. Qué son los principios? Aunque esto no habrá de ser pacífico, cabe pensar que cuando decimos de una norma que es un principio, estamos diciendo que esa norma es derrotable. Se suele afirmar que una norma es derrotable, superable, revisable, cuando el conjunto de las excepciones a su aplicación no pueden ser determinadas exhaustivamente ex ante. [...]. Con este esquema em mente es posible comenzar a dar respuesta a algunas inquietudes muy extendidas. Por ejemplo, existen normas inderrotables? Mi respuesta es no. [...]. Sin embargo, me parece que las normas de un sistema jurídico constitucionalizado son necesariamente derrotables.*"

(2011, p.87-91), afirma que a doutrina nacional não acompanhou a evolução ocorrida no exterior e nem mesmo a evolução percebida na obra dos seus originais defensores (2011, p.131-132), cenário a partir do qual elabora novos critérios de distinção dessas normas.

Esse debate, ainda que não seja central no trabalho desenvolvido, uma vez que voltado à racionalidade das decisões judiciais baseadas em princípios constitucionais, ou mais precisamente ao controle de constitucionalidade dessas decisões, ao menos sugere esclarecimentos sobre a adoção da forte distinção entre regras e princípios jurídicos como marco teórico. Eis as razões: (i) a distinção forte entre regras e princípios jurídicos se converteu na concepção predominante no direito brasileiro (SARMENTO; SOUZA NETO, 2013, p.381), de modo que é comum, na aplicação dos princípios constitucionais, uma das preocupações centrais da tese apresentada, a identificação desses preceitos como mandamentos de otimização ou comandos *prima facie*, carentes, portanto, de ponderação ou balanceamento (R. Alexy); (ii) a mudança de critérios de distinção, nos moldes da teoria dos princípios de Humberto Ávila, com a qual será mantido diálogo mais próximo, não compromete substancialmente os principais pontos desse trabalho: a um, porque a distinção entre princípios e regras jurídicas, embora por critérios distintos, continua existindo (ÁVILA, 2011, p.25); a dois, porque numa eventual mudança de critérios, o trabalho poderá também incorporar a categoria das regras jurídicas, na medida em que – para Ávila (2011, p.41) – qualquer norma (regra ou princípio) "depende de possibilidades normativas e fáticas a serem verificadas no processo mesmo de aplicação"; e por último porque a existência de critério distintivo diverso não interfere na metodologia empregada na aplicação dos princípios constitucionais (e respectivamente na necessidade de controle mais efetivo dessa atividade), pois, igualmente na esteira de Humberto Ávila (2011, p.124), a ponderação é por eles reivindicada ao menos contingentemente. Significa dizer: para Ávila, ainda que a derrotabilidade não esteja na essência dos princípios jurídicos, eles não estão completamente fechados à ponderação.

Antes de prosseguir, porém, são necessários alguns apontamentos acerca do conceito de norma jurídica¹²⁷, o que significa dizer, com apoio em Kelsen (1998, p.5),

¹²⁷ A terminologia foi utilizada em sentido amplo (norma jurídica como proposição normativa e não como texto normativo interpretado). Aliás, é baseado na distinção entre texto normativo e norma

que "algo deve ser ou acontecer, especialmente que um homem se deve conduzir de determinada maneira". Mas, continua Kelsen (1998, p.6), o verbo dever também identifica uma permissão ou um poder, de modo que a norma exterioriza uma conduta que é prescrita, permitida ou facultada. Eis aí, portanto, as qualificações deônticas do comportamento (GUASTINI, 2005, p.48-49) ou, como explica Lourival Vilanova (2010, p.29), "o conhecimento da ciência física é descritivo de um mundo que, em si mesmo, está estruturado, digamos, onticamente, não deonticamente: os fatos físicos são como são; os jurídicos como devem ser." A norma atribui significado jurídico aos fatos, ou seja, a norma jurídica colore os fatos e faz com que ingressem no mundo jurídico (PONTES DE MIRANDA, 1999, p.4 e 67). Desse modo, os fatos naturais, pela norma, tornam-se jurídicos, decorrendo daí a conexão entre o suporte fático concreto e as suas consequências.¹²⁸ As normas jurídicas estabelecem os contornos fáticos e os seus sucessivos desdobramentos e, por isso, hospedam hipótese (prótase) e consequência (apódose). Diz Lourival Vilanova (2010, p.49): "para a hipótese, o que ocorreu, ocorre ou ocorrerá é tomado a título de possibilidade, como possível ponto de referência (axiologicamente relevante) para condicionar a vinculação de consequências para a conduta humana" e, por isso, realizado o antecedente, segue a consequência, salvo situações excepcionalidade ou invalidade da norma. Cuida-se, aqui, da aplicação à maneira do "tudo-ou-nada" (*all-or-nothing-fashion*)¹²⁹, marca

que Humberto Ávila (2011, p.32) levanta uma das críticas sobre a diferença estrutural entre regras e princípios jurídicos, pois, para o autor, embora haja significado(s) antes da interpretação, os sentidos são reconstruídos pelo intérprete. Sendo assim, a distinção entre regras e princípios depende da colaboração constitutiva do intérprete, do uso argumentativo, e não da estrutura hipotética.

¹²⁸ A rigor, adverte Lourival Vilanova (2010, p.52): "O fato se torna fato jurídico porque ingressa no universo do direito através da porta aberta que é a hipótese. E o que determina quais propriedades entram, quais não entram, é o ato-de-valorização que preside à feitura da hipótese da norma." Ainda Paulo de Barros Carvalho (2011, p.41): "Todas as organizações normativas operam com essa linguagem (prescritiva) para incidir no proceder humano, canalizando as condutas no sentido de implantar valores. [...]. As ordens não são verdadeiras ou falsas, mas sim válidas ou não-válidas."

¹²⁹ Ensina Dworkin (2002, p.39): "Dados os fatos que uma regra estipula, então ou a regra é válida, e neste caso a resposta que ela fornece deve ser aceita, ou não é válida, e neste caso em nada contribui para a decisão. [...]. Sem dúvida, uma regra pode ter exceções. [...]. Contudo, um enunciado correto da regra levaria em conta essa exceção; se não o fizesse, seria incompleto." Ao contrário, Ávila (p.31-55) sustenta que as regras podem ser também ponderadas ou balanceadas, ideia que já encontrava receptividade no pós-escrito Herbert Hart. Disse Hart (2009, p.337-338): "Não há razão alguma pela qual um sistema jurídico não possa reconhecer que uma norma válida define um resultado nos casos aos quais se aplica, exceto quando outra norma, julgada mais importante, for também aplicável ao mesmo caso. Assim, uma norma, vencida num determinado caso ao conflitar com outra mais importante, pode, como um princípio, sobreviver e

das regras jurídicas, de modo que eventuais conflitos serão dirimidos essencialmente no plano de validade. Eis as explicações de Robert Alexy (2008, p.92-93):

Um conflito entre regras somente pode ser solucionado se se introduz, em uma das regras, uma cláusula de exceção que elimine o conflito, ou se pelo menos uma das regras for declarada inválida. [...]. Em um determinado caso, se se constata a aplicabilidade de duas regras com consequências jurídicas concretas contraditórias entre si, e essa contradição não pode ser eliminada por meio da introdução de uma cláusula de exceção, então, pelo menos uma das regras deve ser declarada inválida. A constatação de que pelo menos uma das regras deve ser declarada inválida quando uma cláusula de exceção não é possível em um conflito entre regras nada diz sobre das regras deverá ser tratada dessa forma. Esse problema pode ser solucionado por meio de regras como *lex posterior derogat legi priori* e *lex specialis derogat legi generali*, mas é também possível proceder de acordo com a importância de cada regra em conflito. O fundamental é: a decisão é uma decisão sobre validade.

É possível que ocorram indeterminações por conta da linguagem empregada¹³⁰, razão pela qual a abertura semântica não encerra um critério satisfatório para a distinção entre regras e princípios jurídicos (NEVES, 2010, p.27). Aliás, a imprecisão linguística não escapou nem mesmo aos ícones do positivismo jurídico. Hans Kelsen (1998, p.389), ao trabalhar as indeterminações não intencionais do direito, cogitou da "pluralidade de significações de uma palavra ou de uma sequência de palavras em que a norma se exprime", ao passo que Herbert Hart (2009, p.166) consignou que as estratégias para a transmissão de padrões de comportamento, legislação ou precedentes, "por muito facilmente que funcionem na grande massa de casos comuns, se mostrarão imprecisos em algum ponto, quando sua aplicação for posta em dúvida", de modo que essa "textura aberta" não apenas demonstra a incompletude do sistema jurídico, como também intensifica a discricionariedade judicial.

No exame dos princípios jurídicos a situação parece ser diferente. Dworkin (2002, p.39) assinala que "os dois conjuntos de padrões (regras e princípios) apontam para decisões particulares acerca da obrigação jurídica em circunstâncias

continuar vigente, de modo que determine o desenlace em outros casos onde for considerada mais importante que outra norma concorrente."

¹³⁰ Esboçar os dados do mundo, mediante precisa linguagem, bem caracterizou um dos postulados do Círculo de Viena (CARVALHO, 2011, p.21).

específicas, mas distinguem-se quanto à natureza da orientação que oferecem."¹³¹ Os princípios não pretendem estabelecer condições que tornem sua aplicação necessária, mas, ao contrário, estabelecem uma direção (DWORKIN, 2002, p.41). Utiliza o autor, em seguida, de passagem contida no julgado *Henningsen* (Supremo Tribunal de *New Jersey*, 1960) – em que "o fabricante tem uma obrigação especial no que diz respeito à fabricação, promoção e venda de carros" – e acrescenta: "essa formulação não pretende definir os deveres específicos que essa obrigação específica acarreta, nem nos informa que direitos os compradores de automóveis adquirem em consequência dela." (DWORKIN, 2002, p.42). Em outras palavras, nessa primeira leitura os princípios apontam para um ideal, ainda que relativamente indeterminado, deixando de especificar, concretamente, os deveres do fornecedor e os direitos do consumidor. Para além dessa constatação, Dworkin (2002, p.42) salienta que dela outra decorre, a de que "os princípios possuem uma dimensão que as regras não têm – a dimensão do peso ou importância" e, desse modo, quando eles se entrecruzam "aquele que vai resolver o conflito tem de levar em conta a força relativa de cada um." À evidência, Dworkin privilegia a distinção entre regras e princípios jurídicos pela forma de aplicação, mas, por detrás, cogita-se de uma diferença qualitativa entre essas categorias normativas. Os princípios descrevem genericamente o suporte fático (prótase) e apenas apontam para os efeitos jurídicos (apódose), de modo que o campo de eficácia desta norma é diferente daquele estabelecido pelas regras jurídicas.

Na sequência, também como partidário dessa forte distinção, Robert Alexy desenvolve a noção de princípios como mandamentos de otimização. Ensina o autor (2008, p.90) que os "princípios exigem que algo seja realizado na maior medida possível dentro das possibilidades jurídicas e fáticas existentes", ou seja, eles "são caracterizados por poderem ser satisfeitos em graus variados e pelo fato de que a medida devida de sua satisfação não depende somente das possibilidades fáticas, mas também das possibilidades jurídicas." Se assim é, ao contrário das regras, que

¹³¹ Ronald Dworkin, ao diferenciar regras e princípios jurídicos, lança ostensiva crítica ao positivismo jurídico em geral e, em especial, à versão oferecida por Herbert Hart. Hart, embora reconheça que não tratou diretamente dos princípios jurídicos, não enxerga dificuldade em acomodá-los dentro do sistema por ele construído, à luz da norma de reconhecimento, mas o faz não como uma diferença qualitativa, e sim como uma diferença de grau (HART, 2009, p.334-340).

contém um mandamento definitivo (tudo-ou-nada), os princípios jurídicos possuem um mandamento *prima facie*, de modo que "não dispõem da extensão de seu conteúdo em face dos princípios colidentes e das possibilidades fáticas" (ALEXY, 2008, p.104).¹³² Diferente, ainda, dá-se a colisão entre princípios jurídicos (ALEXY, 2008, p.93-94):

As colisões entre princípios devem ser solucionadas de forma completamente diversa. Se dois princípios colidem – o que ocorre, por exemplo, quando algo é proibido de acordo com um princípio e, de acordo com o outro permitido –, um dos princípios terá de ceder. Isso não significa, contudo, nem que o princípio cedente deva ser declarado inválido, nem que nele deverá ser introduzida uma cláusula de exceção. Na verdade, o que ocorre é que um dos princípios tem precedência em face do outro sob determinadas condições. Sob outras condições a questão da precedência pode ser resolvida de forma oposta. Isso é o que se quer dizer quando se afirma que, nos casos concretos, os princípios têm pesos diferentes e que os princípios com maior peso têm precedência.

Ainda no âmbito da distinção forte entre regras e princípios jurídicos, é possível encontrar classificação que valoriza outros aspectos, ou seja, associando a densificação dos princípios jurídicos às concepções morais, filosóficas e (ou) às diferentes posições ideológicas, temário que igualmente interessa ao desenvolvimento da tese apresentada. Ana Paula de Barcellos (2011, p.62), de início, diz ser necessário identificar os efeitos que o enunciado ou a proposição normativa pretende produzir, isso para que na eventualidade de descumprimento possa ser judicialmente exigido (eficácia jurídica).¹³³ Em relação às regras, observa que "são enunciados que estabelecem desde logo os efeitos que pretendem produzir no mundo dos fatos, efeitos determinados e específicos" (BARCELLOS, 2011, p.63), situação diferente

¹³² Diz Virgílio Afonso da Silva (2010, p.45-46): "O principal traço distintivo entre regras e princípios, segundo a teoria dos princípios, é a estrutura dos direitos que essas normas garantem. No caso das *regras*, garantem-se direitos (ou se impõem deveres) definitivos, ao passo que no caso dos *princípios* são garantidos direitos (ou são impostos deveres) *prima facie*. [...]. O elemento central da teoria dos princípios de Alexy é a definição de princípios como *mandamentos de otimização*. Para ele, princípios são normas que exigem que algo seja realizado na maior medida possível diante das possibilidades fáticas e jurídicas existentes. Isso significa, entre outras coisas, que, ao contrário do que ocorre com as regras jurídicas, os princípios podem ser realizados em diversos graus. A ideia regulativa é a realização máxima, mas esse grau de realização somente pode ocorrer se as condições fáticas e jurídicas forem ideais, o que dificilmente ocorre nos casos difíceis."

¹³³ A base dessa fundamentação é encontrada em Karl Engisch. Para o autor, os efeitos ou consequências são direitos e deveres decorrentes da hipótese normativa, qualificados como jurídicos porque a respectiva efetivação se opera por intermédio das autoridades constituídas. Então, por isso, as "normas jurídicas" encerram um dever-ser (ENGISCH, 2008, p.27-36).

quando do trato dos princípios jurídicos. Então, para facilitar a exposição, divide esses preceitos em dois grupos. Diz a professora da Faculdade de Direito da Universidade do Estado do Rio de Janeiro (2011, p.65):

O primeiro grupo congrega os princípios que descrevem efeitos *relativamente* indeterminados, cujo conteúdo, em geral, é a promoção de fins ideais, valores ou metas políticas. E essa indeterminação, ainda que relativa, decorre de a compreensão integral do princípio depender de concepções valorativas, filosóficas, morais e/ou de opções ideológicas. O segundo também pretende produzir efeitos associados a metas valorativas ou políticas, assim como acontece com o primeiro, mas os fins aqui descritos são determinados, o que aparentemente os aproximaria das regras. A dificuldade, porém, é que a identificação das condutas necessárias e exigíveis para a realização dos efeitos desses princípios não depende apenas da complexidade do próprio efeito e/ou da variedade de circunstâncias fáticas sobre as quais ele incide, como nas regras. Por conta da natureza do efeito pretendido, não se trata apenas de empreender um raciocínio lógico-jurídico para assegurar as condutas exigíveis; cuida-se, diversamente, de escolher entre *diferentes condutas possíveis* a partir de distintas posições políticas, ideológicas e valorativas.

A distinção entre regras e princípios jurídicos é por ela extraída dos efeitos ou consequências jurídicas previstas no enunciado normativo ou, em palavras diferentes, dos deveres jurídicos decorrentes da proposição normativa.¹³⁴ As consequências jurídicas bem caracterizam essa distinção, isso porque, nas regras, são determinadas ou específicas, ao passo que nos princípios jurídicos os efeitos "são indeterminados a partir de certo ponto" ou "os meios para atingir os efeitos pretendidos pelo princípio (mesmo que estes sejam definidos) são múltiplos" (BARCELLOS, 2011, p.70). Enfim, uma determinada categoria de princípios jurídicos descreve efeitos relativamente indeterminados; outra, mediante diferentes condutas, apresenta efeitos determinados ou específicos; porém, em ambas as situações, essas categorias estão sujeitas ao

¹³⁴ Explica Karl Engisch (2008, p.35): "Como *resultado* provisório vamos assentar no seguinte: as consequências jurídicas, que nas regras de Direito aparecem ligadas às hipóteses legais, são constituídas por direitos e deveres. [...]. Se não há deveres sem direitos nem direitos sem deveres, pois que sempre ao direito de um corresponde o dever de outro – [...], talvez baste então dizer que a hipótese legal de toda a regra de Direito tem como consequência jurídica *direitos* ou afirmar que ela tem como consequência jurídica *deveres*. Ora se efectivamente queremos proceder a esta simplificação, parece mais viável seguir o caminho de reconduzir os direitos aos deveres. Pois é fora de dúvida que não existem direitos sem deveres, ao passo que é duvidoso se a todos os deveres correspondem direitos referidos ao cumprimento desses deveres, [...]. As consequências jurídicas previstas nas regras de Direito são constituídas por *deveres*."

uso de concepções valorativas e (ou) ideológicas.¹³⁵ As consequências ou deveres são relativamente indeterminados (e.g. o que decorre de uma vida digna) ou, embora determinados, dúvidas pairam sobre a diversidade de condutas possíveis (e.g. de que maneira é possível oportunizar a plenitude do emprego?), densificação que não se faz sem o necessário apoio em considerações valorativas e (ou) ideológicas do intérprete.¹³⁶

Desse modo, é manifesta a convergência entre a noção de princípios jurídicos como mandamentos de otimização ou comandos *prima facie* (R. Alexy) e a contribuição de Ana Paula de Barcellos quando trabalha a incorporação de concepções valorativas na definição de conteúdo desses preceitos.¹³⁷ Em outros termos, Alexy conceitua os

¹³⁵ Explica Ferraz Jr. (1994, p.114) que os valores são "centros significativos que expressam uma *preferibilidade* (abstrata e geral) por certos conteúdos de expectativas, ou melhor, por certos conjuntos de conteúdos abstratamente integrados num sentido consistente", ao passo que as ideologias são concretizações e (ou) limitações desse sentido (dos valores). Elas atuam, explica, "ao avaliar valores, estimando as estimativas que em nome deles se fazem, garantindo, assim o consenso dos que precisam expressar os seus valores, estabilizando, assim, em última análise, os conteúdos normativos". Daí dizer-se utilitarista, liberal, liberal igualitário, comunitarista, crítico-deliberativo etc.

¹³⁶ Para Marcelo Neves (2010, p.51) os valores entram no sistema jurídico por meio tanto das regras como dos princípios, ou seja, "a diferença na programação seletiva de conteúdos valorativos parece ser a seguinte: os princípios, que se estruturam tipicamente mediante uma relação mais elástica entre 'se' e 'então', ou seja, entre antecedente e consequente, tendem a envolver uma postura mais flexível e aberta à incorporação de valores; as regras, que se estruturam por uma conexão 'se-então' menos elástica, tendem a implicar uma atitude mais estreita e menos aberta para a incorporação de valores."

¹³⁷ Ana Paula de Barcellos, para além dessa abordagem (incorporação das concepções valorativas na definição de conteúdo dos princípios constitucionais), não descuida da diferença entre texto e norma, sustentando, todavia, que a distinção entre regras e princípios jurídicos decorre dos enunciados normativos ou do texto da norma. Em relação às considerações de Humberto Ávila, que distingue texto normativo e norma, a questão é assim analisada: "Como se verá na sequência do texto, não se sustenta aqui que o 'tudo ou nada' seja um traço identificador das regras e, nesse ponto, a crítica de Humberto Ávila é inteiramente procedente. Entretanto, se a classificação *princípio ou regra* é um produto final da interpretação, já não há utilidade em empregá-la; o objetivo da distinção indicado pelo próprio autor na transcrição acima – antecipar as características da espécie normativa e facilitar o processo de interpretação – parece pressupor, como aqui se sustenta, que a qualidade de princípio ou regra é própria dos enunciados normativos e não o resultado final da interpretação (tendo em conta a distinção feita neste estudo entre enunciado e norma)." (BARCELLOS, 2011, p.61-62). No particular, não prospera o entendimento exteriorizado por Ana Paula de Barcellos, na medida em que, diz Ávila (2011, p.34), "é justamente porque as normas são construídas pelo intérprete a partir dos dispositivos que não se pode chegar à conclusão de que este ou aquele dispositivo *contém* uma regra ou um princípio." Assim, a distinção entre regras e princípios não é apenas revelada pelo intérprete, mas por ele reconstruída, significando, portanto, que essa reconstrução de sentidos não significa o "fim da interpretação", mas, antes, o resultado intermediário do processo concretizador. Caso contrário, não teria razão em se dizer que a distinção entre regras e princípios jurídicos tem por finalidade "antecipar as características das espécies normativas de modo que o intérprete ou o aplicador,

princípios jurídicos como algo a ser realizado na maior medida possível, de acordo com as circunstâncias fáticas e jurídicas, anotando, mais, sobre a sua gradativa implementação, elementos que atribuem maior destaque à sua forma de aplicação. Já para Ana Paula de Barcellos o problema não reside apenas na aplicação desses comandos, mas a ênfase está na delimitação do conteúdo a ser realizado. Sendo assim, os princípios jurídicos como mandamentos de otimização ou comandos *prima facie* são igualmente dependentes da concepção valorativa do intérprete na fixação ou delimitação do conteúdo desses preceitos¹³⁸, sendo lícito a partir daí concluir: esses critérios sugerem uma diferenciada incidência da "norma principal" e, por consectário, uma maior plasticidade dessa espécie normativa. Não há, nesse contexto, juízo seguro sobre o conteúdo dessas categorias (STF, ADPF 33-5, Rel. Min. Gilmar Mendes, j. 20.03.2003), leitura que abre espaço às ampliações e (ou)

encontrando-as, possa ter facilitado seu processo de interpretação e aplicação do Direito" (ÁVILA, 2011, p.65). Diz Virgílio Afonso da Silva (2010, p.57), defensor de uma forte distinção entre regras e princípios jurídicos: "Humberto Ávila sustenta que em muitos casos também as regras, ao serem aplicadas, devem passar por um processo de ponderação ou, se não isso, pelo menos por um processo de consideração das circunstâncias fáticas da aplicação a norma jurídica reputada como regra. Em primeiro lugar, Ávila sustenta que isso decorre do fato de que 'o modo de aplicação não está determinado pelo texto objeto de interpretação'. A afirmação de Ávila é, sem dúvida, correta, já que o modo de aplicação, de fato, não decorre do texto objeto de interpretação, mas da interpretação desse texto. É ponto pacífico que a distinção entre *regras* e *princípios* não é uma distinção entre textos, mas entre normas. Nesse sentido, portanto, não há grandes problemas no fato de que o texto e seus operadores deonticos não deem indicações precisas sobre o tipo de norma que surgirá da interpretação. É tarefa do *intérprete* definir se a norma, produto da interpretação, é uma regra ou um princípio. *Qualquer* distinção das normas jurídicas em mais de uma categoria – e a ênfase no 'qualquer' é, aqui, fundamental – terá que seguir sempre esse raciocínio. O texto legal, em geral, utiliza-se sempre da mesma linguagem e dos mesmos operadores deonticos. *Não é o legislador que tem que se preocupar com eventuais distinções e classificações dogmáticas, mas o intérprete e o aplicador do direito.*" Não fosse isso, ainda seria possível argumentar que Robert Alexy, ao contruir o conceito semântico de norma, também parte do pressuposto de que há diferenciação entre norma e texto da norma. Diz expressamente o professor Catedrático da Universidade de Kiel (2008, p.54): "O ponto de partida desse modelo (conceito semântico de norma) consiste na diferenciação entre norma e enunciado normativo. [...]. Uma norma é, portanto, o significado de um enunciado normativo. A necessidade de se diferenciar entre enunciado normativo e norma pode ser percebida pelo fato de que a mesma norma pode ser expressa por meio de diferentes enunciados normativos. [...]. É recomendável, portanto, que os critérios para a identificação de normas sejam buscados no nível da norma, e não no nível do enunciado normativo."

¹³⁸ Essa ideia fica clara na obra de Robert Alexy quando, ao discorrer sobre as críticas de Friedrich Muller ao conceito semântico de norma, o autor afirma que a argumentação jurídica não está limitada aos dados linguísticos. Explica o autor (2008, p.81): "Se levarmos a sério a proposição de que na fundamentação jurídica somente pode ser utilizado aquilo que pertence à norma, então, ou teríamos que incluir no conceito de norma todo o arsenal da argumentação jurídica ou restringir consideravelmente, e à custa de sua racionalidade, o âmbito dessa argumentação. Assim, os juízos axiológicos independentes (ou os valores a que a eles subjazem), necessários às fundamentações jurídicas, deveriam ou ser incluídos no conceito de norma jurídica ou eliminados da argumentação jurídica. Nenhuma das soluções parece, no entanto, plausível."

restrições interpretativas¹³⁹, seja no que diz respeito ao acolhimento de determinada situação fática, seja em relação às eventuais hipóteses de colisão, intra ou entre princípios constitucionais, situações visualizadas no âmbito das consequências dessa espécie normativa. Os princípios constitucionais reproduzem na esfera judicial os desacordos morais estabelecidos no tecido social¹⁴⁰, característica que recomenda um controle mais efetivo sobre as decisões que – independentemente de mediação legislativa – aplicam esses comandos.

Nesse contexto, portanto, já é possível afirmar que a noção de suporte fático amplo parece mais adequada à qualificação dos princípios jurídicos como mandamentos de otimização ou comandos *prima facie* (SILVA, 2010, p.67), conclusão, todavia, que não arreda a possibilidade de prévias limitações.¹⁴¹ A ideia de suporte fático amplo no trato dos princípios constitucionais, como decorrência da adoção da "teoria externa", diz Sarlet, trabalha a existência de um direito ilimitado *prima facie*, mas que, mediante restrições, converte-se num direito limitado (SARLET; MARINONI; MITIDIERO, 2012, p.329). A "teoria externa", explica, não apenas atribui maior transparência metodológica, como também sugere que o ônus da restrição recaia sobre o intérprete que acaba por invocá-la (SARLET; MARINONI; MITIDIERO, 2012, p.330), leitura que proporciona maior proteção aos direitos fundamentais verbalizados por princípios constitucionais. Essa posição pode conduzir toda e qualquer controvérsia principiológica à necessidade de ponderação, de modo que a incorporação de uma intermediária posição, mediante prévia absorção das críticas canalizadas às teorias restritivas (teoria interna), pode produzir bons resultados. Diz ainda Ingo Wolfgang Sarlet: "Há casos em que o próprio preceito constitucional não comporta certa conduta

¹³⁹ Humberto Ávila, ao discutir a afastabilidade de um princípio em razão de princípios colidentes, dando conta de que a ponderação não é um elemento essencial (mas contingencial) dos princípios jurídicos, ao conceituá-los, não tergiversa sobre as dificuldades na densificação desta categoria normativa: Diz o autor (2011, p.130): "Em outras palavras, o que distingue os princípios não é a sua defectibilidade, mas a sua indeterminação estrutural: eles não enumeram exaustivamente os fatos em presença dos quais produzem a consequência jurídica e demandam concretização por outra norma, de modos diversos e alternativos."

¹⁴⁰ Cf. GARGARELLA, Roberto. Un Papel Renovado para Corte Suprema. Democracia e Interpretación Judicial de la Constitución. In: *Teoría Y Crítica del Derecho Constitucional*: Democracia. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 2008. Tomo I. p.151.

¹⁴¹ Esse ponto será retomado quando da elaboração de metodologia voltada à aplicação dos princípios constitucionais (item 3.1.1).

ou modo de exercício, de tal sorte que existem situações que não integram o âmbito de proteção do direito fundamental" (SARLET; MARINONI; MITIDIERO, 2012, p.330)

2.3 PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS E VALORES

A temática envolve a abordagem de duas importantes leituras acerca da distinção entre princípios e valores, uma fraca (Robert Alexy) e outra forte (Jürgen Habermas). Contudo, antes, são indispensáveis algumas considerações sobre a noção de valores, e daí a invocação das lições de Tércio Sampaio Ferraz Jr. e Miguel Reale.

Tércio Sampaio Ferraz Jr. (1994, p.114), fundamentado em Luhmann, anota que os sistemas sociais desenvolvem mecanismos de estabilização chamados de núcleos significativos, dos quais decorre uma (certa) unidade que é importante para as interações sociais. Sendo assim, quando estamos diante de uma instituição menos complexa, por exemplo, uma família, é possível que essa integração de sentidos se faça por um mecanismo simples: uma determinada pessoa, o pai ou a mãe, que exerce determinado papel social. Já em situações mais complexas, esses núcleos significativos são representados pelos valores, os quais expressam uma preferência por certos conteúdos. Valores são, assim, símbolos de preferência para comportamentos. Miguel Reale (2001, p.29) fala das leis culturais e de sua referibilidade a valores, a ponto de consignar que "viver é indiscutivelmente optar, diariamente, permanentemente, entre dois ou mais valores." Então, alicerçado na concepção desses autores, é possível dizer que os valores são núcleos significativos (ou conteúdos de preferibilidade) que servem de referência para as leis culturais, dentre elas as que expressam enunciados de que algo deve ser.

Robert Alexy (2008, p.145), ancorado na classificação de Georg Henrik v. Wright, diz que os conceitos práticos são divididos em deontológicos, axiológicos e antropológicos. Os dois primeiros, porque relevantes para o trabalho, podem ser assim sintetizados: os deontológicos são conceitos de dever, proibição e permissão, ao passo que os axiológicos são caracterizados como o que é bom. Princípios são deontológicos e valores são axiológicos, mas duas considerações os aproximam:

(i) os dois são realizados gradualmente; e (ii) os dois admitem colisão e sopesamento. Sendo assim, é possível transformar os enunciados sobre valores em enunciados sobre princípios e enunciados de princípios em enunciados sobre valores, sem que o conteúdo seja esvaziado. Explica Robert Alexy (2008, p.153):

A diferença entre princípios e valores é reduzida, assim, a um ponto. Aquilo que, no modelo de valores, é *prima facie* o melhor é, no modelo de princípios, *prima facie* devido; e aquilo que é, no modelo de valores, definitivamente o melhor é, no modelo de princípios, definitivamente devido. [...]. No direito o que importa é o que deve ser. Isso milita a favor do modelo de princípios. Além disso, não há nenhuma dificuldade em se passar da constatação de que determinada solução é a melhor do ponto de vista do direito constitucional para a constatação de que ela é constitucionalmente devida. Se se pressupõe a possibilidade dessa transição, então, é perfeitamente possível, na argumentação jurídica, partir de um modelo de valores em vez de partir de um modelo de princípios. Mas o modelo de princípios tem a vantagem de que nele o caráter deontológico do direito se expressa claramente.

Jürgen Habermas (2010, p.316), adepto de uma distinção forte entre princípios e valores, parte da noção de que normas, inclusive os princípios, obrigam seus destinatários, sem exceção e em igual medida, ao passo que os valores devem ser entendidos como preferências intersubjetivamente compartilhadas. Normas são válidas ou inválidas. Valores revelam um agir direcionado a um fim. A validade deontológica das normas impõe um sentido de obrigação incondicional e universal. Os valores sugerem um sentido relativo, adotados ou exercidos no âmbito de uma cultura. Normas diferentes não podem contradizer umas às outras, caso pretendam validade num mesmo círculo de destinatários. Devem formar um sistema coerente. Valores distintos disputam a primazia e, desse modo, são flexíveis e repletos de tensão. Por isso, diz Habermas, operar com base em valores significa transformar os tribunais em instâncias autoritárias, pois "todas as razões podem assumir o caráter de argumentos". Ainda Jürgen Habermas (2010, p.317):

Portanto, normas e valores distinguem-se, em primeiro lugar, através de suas respectivas referências ao agir obrigatório ou teleológico; em segundo lugar, através da codificação binária ou gradual de sua pretensão de validade; em terceiro lugar, através de sua obrigatoriedade absoluta ou relativa e, em quarto lugar, através dos critérios aos quais o conjunto de sistemas de normas ou de valores deve satisfazer. Por se distinguirem segundo essas qualidades lógicas, eles não podem ser aplicados da mesma maneira. [...]. Uma jurisprudência orientada por princípios precisa definir qual pretensão e qual ação deve ser exigida num determinado conflito – e não arbitrar sobre o equilíbrio de bens ou sobre o relacionamento entre valores.

Nesse contexto, inclusive por conta do contido no item 2.2 (diferença entre regras e princípios), pode-se dizer que a argumentação de Jürgen Habermas, preferível do ponto de vista da segurança jurídica, mais se afina a um sistema de regras. Contudo, quando se fala de princípios constitucionais como mandamentos de otimização, dotados de caráter *prima facie*, parece que a leitura de Robert Alexy seja mais acertada. Ora, se os princípios revelam os valores mais caros da sociedade (item 2.1); se eles não carregam uma única e determinada leitura (colisão intraprincípios)¹⁴²; se a posituação dos princípios no plano constitucional podem alimentar até mesmo uma certa dose de contradição (concorrência entre princípios colidentes), então parece difícil concebê-los à maneira do tudo-ou-nada (princípios como normas válidas ou inválidas), como sugere Habermas. A preferência num Estado pluralista pode ser controvertida¹⁴³, como, por igual, a leitura de específico valor pode hospedar também contradições.¹⁴⁴ Sendo assim, ganha importância o controle das decisões judiciais, notadamente porque a liberdade deferida aos juízes pode escapar à exigida racionalidade e, quando isso acontece, o arbítrio se impõe.

¹⁴² A terminologia é utilizada por Marcelo Neves, ou seja, explica o autor (2010, p.164) que "também pode haver colisão intraprincípios decorrente da invocação do mesmo princípio como fundamento simultâneo das partes em conflito no processo de concretização constitucional. [...]. O que se pretende chamar atenção aqui é para algo mais radical: o direito geral de liberdade, o direito geral de igualdade, a dignidade humana, assim como também a igualdade e a liberdade econômicas, o princípio constitucional da concorrência, a liberdade religiosa, o direito à educação podem sofrer leituras as mais diversas a partir da esfera social em que o problema constitucional venha a surgir."

¹⁴³ Alfonso García Figueroa (2009a, p.119-120) observa: "*Un orden jurídico que presenta una dimensión axiológica pluralista debe manifestarse a través de una estructura deontológica especial caracterizada por cierta flexibilidad, y la noción de flexibilidad se expresa bajo los Estados constitucionales a través de la propiedad de la derrotabilidad, [...]. Solo esta derrotabilidad permite articular la importancia de los contenidos de ciertas normas constitucionales con la necesidad de aplicarlos razonablemente en contextos de pluralismo.*"

¹⁴⁴ Não são outras as considerações de André Rufino do Vale (2009, p.151). Textualmente: "As normas jurídicas, principalmente as normas constitucionais, incorporam valores contraditórios entre si e nem por isso deixam de formar sistema. Os sistemas jurídicos dos Estados constitucionais estão compostos, em seu nível hierárquico mais elevado, de normas cujo forte conteúdo axiológico desencadeia um permanente estado de colisão. Dessa forma, os valores expressos pelas normas constitucionais também 'competem para ser os primeiros', ou seja, cada valor, considerado isoladamente e de forma abstrata, tem a pretensão de ser absoluto, e isso faz com que sua convivência com outros valores determinados por outras normas constitua 'configurações tensas e flexíveis'. Pode-se dizer que essa tensão entre valores contraditórios é da essência dos sistemas jurídicos dos Estados constitucionais, que são congenitamente pluralistas, no sentido mais amplo da expressão." Sobre o tema: Canaris (2012, p.88-99).

A motivação e o controle dessa atividade é que limitam o poder do juiz (DINAMARCO, 2001b, p.1080).¹⁴⁵

2.3.1. Desacordos morais reproduzidos judicialmente

Antes de avançar, é preciso recapitular alguns pontos até aqui trabalhados: (i) os princípios constitucionais estão mais propensos à incorporação de valores morais; (ii) os princípios constitucionais são normas jurídicas; (iii) os princípios constitucionais autorizam imediata incidência; e (iv) os princípios constitucionais intensificam a atividade jurisdicional, premissas que se afastam do positivismo legalista, metodologia que (a) distingue os sistemas morais dos jurídicos; (b) nega normatividade aos princípios, exceto em caráter subsidiário ou complementar; (c) privilegia a atuação legislativa; e (d) restringe a atividade judicial. Cuida-se de uma nova concepção e que, desde logo, conduz a uma importante conclusão: o poder judicial confere visibilidade à Constituição (QUEIROZ, 2000, p.2), de modo que essa atividade, se obviamente não substituiu a atividade legislativa, é certo que absorveu uma parcela significativa dessa atuação, inclusive com a incorporação dos desacordos típicos do Parlamento às decisões judiciais.

Jeremy Waldron demonstra que a sociedade atual diverge sobre quase todas as questões relevantes, de modo que esses desacordos¹⁴⁶, para além de

¹⁴⁵ Diz Antonio Cavalcanti Maia (2008, p.233): "A questão crucial situa-se no desenvolvimento de uma cultura argumentativa, vale dizer, a comunidade jurídica deve se empenhar para salientar a relevância de um cuidadoso respeito ao ditame consagrado no art. 93, inciso IX, de nossa Constituição. A motivação das decisões judiciais, em especial em sede constitucional, torna-se um assunto central dos debates justeoréticos. E me permitindo uma certa liberdade diria que os filósofos do direito devem (à semelhança do papel atribuído por Habermas aos filósofos, isto é, os guardiões da racionalidade) assumir a função de guardiões do art. 93, inciso IX, da Constituição."

¹⁴⁶ Escreve Jeremy Waldron (2005, p.7): "*Somos una multitud, y tenemos desacuerdos sobre la justicia. Esto es, no sólo tenemos desacuerdos acerca de la existencia de Dios y el sentido de la vida, sino también acerca de cuáles son los términos justos de cooperación entre las personas que tienen desacuerdos acerca de la existencia de Dios y el sentido de la vida. Tenemos desacuerdos sobre lo que nos debemos los unos a los otros en términos de tolerância, indulgencia, respeto, cooperación y ayuda mutua. Los liberales están en desacuerdo con los conservadores; los socialistas con los economistas que defienden el mercado; los partidários de la libertad están en desacuerdo con los partidários de la comunidad, y ambos están en desacuerdo con los partidários de la igualdad; las feministas están en desacuerdo con aquellos*

profundos e generalizados, refletem diretamente no âmbito do direito e na sua respectiva aplicação. Sendo assim, independentemente de se concordar com a posição do autor sobre os contornos que atribui ao controle judicial de constitucionalidade e, ainda, sobre o prestigiamento que atribui à legislação, fato é que Waldron bem demonstra que esses desacordos, existentes no tecido social, são reproduzidos na esfera judicial. Diz Jeremy Waldron (2005, p.19-20 e 23-24):

El desacuerdo es evidente en diferentes niveles. En primer lugar, no hay acuerdo acerca de lo que significa decir que algo es un derecho. [...]. En segundo lugar, y ahora más sustantivamente, la gente (con conocimientos filosóficos o sin ellos) sigue discrepando radicalmente sobre qué derechos tenemos (a qué tenemos derecho) y cuál es su fundamento. [...]. En tercer lugar, incluso si hubiera un consenso por superposición sobre un conjunto de derechos básicos o libertades civiles [...], existe un feroz desacuerdo acerca de lo que implica dicho consenso por lo que respecta a su aplicación concreta y detallada. [...] Resulta especialmente insultante cuando descubrimos que los jueces discrepan entre sí exactamente sobre los mismos puntos sobre los que lo hacen los ciudadanos y sus representantes, y que los jueces en la sala del tribunal también toman sus decisiones mediante el voto de la mayoría.

Aliás, antes da reprodução desses desacordos em juízo, são eles detectados na Constituição¹⁴⁷ ou na interpretação que dela se faz (aqui, como revelador desses desacordos, é possível invocar os próprios limites dos direitos fundamentais, imanentes ou impostos pelas hipóteses de colisão).¹⁴⁸ Como diz Gilmar Ferreira Mendes, "nem tudo que se pratica no suposto exercício de determinado direito encontra abrigo no seu âmbito de proteção" (MENDES; COELHO; BRANCO, 2010,

que quieren que el gobierno apoye los <valores familiares>; los defensores a ultranza del Estado de bienestar están en desacuerdo con los que se oponen jactanciosamente a los impuestos; y los pragmatistas y los utilitaristas están en desacuerdo con aquellos que piesen que la tarea del derecho es hacer honor a pretensiones de orden, retribución y merecimiento." Ainda Humberto Ávila (2009, p.16): "Na sociedade atual, em que se asseguram as variadas manifestações da liberdade, não só existe uma pluralidade de concepções de mundo e de valores, como, também, há uma enorme divergência em relação ao modo como essas concepções de mundo e de valores devem ser realizadas. Vale dizer, há divergência com relação aos valores e com referência ao modo de realização desses valores. A rigor, não há uma solução justa para o conflito e para a realização desses valores, mas soluções que precisam, por algum órgão, ser tomadas para pôr fim ao infundável conflito entre valores e às intermináveis formas de realizá-los."

¹⁴⁷ Luís Prieto Sanchís (2009, p.134) bem analisa a questão, fazendo-o sob variados ângulos: (i) as Constituições contemporâneas não esboçam um conjunto pequeno e ordenado de princípios, mas incorporam muitos e contraditórios princípios; (ii) os princípios, por vezes coerentes em nível abstrato, conduzem, no plano concreto, a conflitos de difícil solução (cf. item 2.1).

¹⁴⁸ Sobre o tema: Andrade (1983, p.213-251).

p.420) Então, isso significa dizer que o direito (ou a interpretação que dele é feita) não elimina esses desacordos, de modo que a justiciabilidade igualmente não é garantia de solução adequada. Eis a razão pela qual se entendeu recomendável que a regulamentação dos princípios constitucionais fosse operada inicialmente por meio da legislação infraconstitucional, pois, ao menos, estaria afastada a crítica relativa ao viés contramajoritário do Judiciário. Isso não significa que a legislação elimine os desacordos na aplicação do direito, pois, à evidência, o direito contemporâneo não só reconhece o controle de constitucionalidade, formal e material, como é comum a produção normativa com déficit de concretização. A densificação legislativa estabelece uma filtragem mais democrática desses desacordos, afirmando-se, por conseguinte, que o Poder Legislativo é igualmente importante.¹⁴⁹

Sendo assim, a preocupação se volta para o enfrentamento desses desacordos agora judicialmente reproduzidos, fator que em muito contribui para a insegurança jurídica, encarada sob a perspectiva da falta de previsibilidade e estabilidade das decisões judiciais. Mais explicitamente: situações muitas vezes idênticas são tratadas de modo diverso, não só por juízes e tribunais diferentes, como, por vezes, pelo mesmo tribunal.¹⁵⁰ Ainda Roberto Gargarella (2008c, p.151): *"una infinidad de sentencias judiciales nos ratifican lo que de antemano podíamos sospechar, esto es, que nuestros desacuerdos no se disuelven sino que se reproducen en la esfera judicial."* É verdade que essa situação também se vislumbra com a intermediação legislativa, mas é preciso dizer que há evidente intensificação do problema quando,

¹⁴⁹ Diz Humberto Ávila (2009, p.17): "Em suma, não se quer dizer que o Poder Judiciário é desimportante; quer-se, em vez disso, afirmar que o Poder Legislativo é importante. E que, como tal, não pode ser simplesmente apequenado, especialmente num ordenamento constitucional que, sobre estabelecer que nada poderá ser exigido senão em virtude de lei e de prever que todo poder emana do povo, que o exercerá por meio de representantes eleitos ou diretamente, ainda reserva ao Poder Legislativo a comparência para regular, por lei, um sem número de matérias."

¹⁵⁰ Discorre Roberto Gargarella (2008c, p.151): *"Las dificultades (interpretación discrecional y ausencia de controles), por supuesto, se muestran todavía más graves cuando comprobamos que problemas como los señalados se extienden, de modo obvio, desde la Corte Suprema hacia las instancias judiciales inferiores. En cada caso se repiten los mismos riesgos de un uso discrecional del derecho. El efecto es que, dependiendo del juez que a uno le toque en suerte o desgracia, la sentencia final – el veredicto acerca de qué es lo que, 'realmente', dice el derecho frente al caso concreto – podrá tener un contenido, u outro completamente opuesto."*

sem ela, o juiz faz incidir diretamente o princípio constitucional.¹⁵¹ Não se quer com isso obstaculizar ou dificultar essa atividade, absolutamente, até porque aqui reside uma das grandes contribuições do direito contemporâneo. Ao contrário, deseja-se robustecer essa posição, mitigando as críticas relativas à absoluta falta de controle dessas decisões, notadamente quando ausente um sistema forte de precedentes.¹⁵²

Esse retrato não é diferente no cenário brasileiro, na medida em que as divergências judiciais são corriqueiras. Não há controle efetivo dessas decisões e também não há respeito aos precedentes das Cortes superiores. Pior, não obstante a matéria seja de cunho constitucional, a sua definição, dada às características do controle concreto e difuso, fica muitas vezes restrita aos tribunais estaduais, constatação que não colabora na uniformização da interpretação constitucional; mais, a definição da matéria é atribuída a um corpo de julgadores que em parte ainda não incorporou a nova visão constitucional, já que a compreensão do fenômeno constitucional contemporâneo é forte na cúpula e na base da hierarquia judicial, mas ainda tímida nos seus escalões intermediários (SARMENTO, 2010, p.254), ou seja, nas instâncias intermediárias ainda se vê uma maior afinidade com os códigos e com a letra da lei.

¹⁵¹ Leciona Virgílio Afonso da Silva (2011, p.377): “Sopesar apenas com base em textos extremamente abstratos e, em muitos casos, vagos, como, de um lado, ‘é garantida a livre manifestação do pensamento’, e, de outro, ‘é garantida a privacidade; ou, ainda, entre princípios como o da livre iniciativa e o da proteção do consumidor – inevitavelmente leva a uma abertura subjetiva quase incontrolável. A constituição utiliza-se de fórmulas lapidares para garantir direitos ou impor deveres em questões extremamente complexas. Por isso, um sopesamento que leva em consideração apenas o texto constitucional sempre tenderá a ser mais subjetivo se comparado a um sopesamento que inclua, como variável fundamental, a história jurisprudencial e os precedentes judiciais.” Ainda Carlos Ari Sundfeld (2011, p.301): “Transformar ideias jurídicas em normas precisas é uma operação criadora: pintar quadros, não revelar fotografias.”

¹⁵² Ainda Roberto Gargarella (2008c, p.161): “*Dicho trágico contexto se agrava todavía más cuando se presentan, como el caso de la Argentina, dos situaciones contextuales muy serias. Por un lado, en casos como el argentino no existe una cultura del precedente que permita acotar los amplísimos márgenes del maniobra con que cuentan los jueces. Por otro lado, países como la Argentina tienen una historia de inestabilidad jurídica tal, que permite encontrar antecedentes para decisiones judiciales de absolutamente cualquier tipo (por ejemplo, decisiones garantistas y anti-garantistas; decisiones ofensivas frente a los derechos humanos y protectivas de los derechos humanos; decisiones hostiles y amigables frente al derecho internacional.*”

2.4 INTENSIFICAÇÃO DA TAREFA INTERPRETATIVA

Nos itens anteriores foram destacadas algumas das características dos princípios constitucionais, especialmente o seu caráter prescritivo (item 2.1.3); a sua diferente formatação; e o seu respectivo âmbito de incidência (item 2.2), nuances últimas que alimentam uma interpretação judicial mais intensa, notadamente quando a densificação se opera independentemente de mediação legislativa.¹⁵³ Então, nessa quadra, com maior razão é possível afirmar que a norma jurídica não se confunde com o texto normativo, porquanto resulta da interpretação, uma interpretação que atribui significado ao texto mediante valorações, escolhas e decisões. Friedrich Müller (2009, p.151-152) leciona que o texto normativo é um dado de entrada no processo de concretização da norma, resultando daí que a atividade do juiz não se caracteriza como simples declaração. O intérprete faz com que a norma jurídica brote do texto (GRAU, 2009, p.87), de modo que o enunciado poderá lhe atribuir uma maior ou menor liberdade de atuação.

Sendo assim, a intensificação do subjetivismo judicial¹⁵⁴ é naturalmente um dos grandes problemas da atuação baseada em princípios constitucionais, explícitos ou implícitos, fator que não apenas pode ampliar os seus limites, como também pode apear a abrangência desta categoria normativa. Explica Luigi Ferrajoli

¹⁵³ No particular, são elucidativas as palavras de Humberto Ávila (2009, p.10): "De outro lado, porque, sendo os princípios aplicados mediante ponderação, e não sendo fornecidos critérios intersubjetivamente controláveis para a sua execução, reconhecíveis antes da adoção da conduta, somente depois do processo de ponderação é que se saberá o que antes deveria ter sido feito. Se quem faz a ponderação é o próprio destinatário, ele mesmo termina por guiar a sua conduta, o que conduz à eliminação do caráter heterolimitador do Direito. O próprio destinatário da norma, que deveria agir seguindo sua prescrição, termina por definir o seu conteúdo, decidindo, ele próprio, o que deve fazer. Se quem faz a ponderação é o Poder Judiciário, sem critérios antecipados e objetivos para sua execução, aquilo que o destinatário deveria saber antes ele só ficará sabendo depois, o que leva à supressão do caráter orientador do Direito e da função legislativa. O aplicador da norma, que deveria reconstruir um sentido normativo anterior e exterior, acaba por construí-lo, decidindo, ele próprio, o que a Constituição atribuiu ao Poder Legislativo definir."

¹⁵⁴ O termo, aqui, é utilizado no sentido de visão pessoal (ABBAGNANO, 2007, p.1089). François Ost (2005, p.47) fala dos riscos do subjetivismo e "contra esse recurso não crítico à empatia e esses excessos de paixão cumpre fazer valer", diz o autor, "os méritos do formalismo jurídico, o estrito respeito aos procedimentos, a absoluta necessidade de conformar-se a argumentos 'intersubjetivamente válidos': textos de autoridade reconhecida e elementos de prova suscetíveis de discussão." Juarez Freitas (2001, p.238), diante desse subjetivismo, fala que deve ser "afastado qualquer decisionismo irracional, movido sob o influxo deletério das paixões associadas a motivações subalternas."

(2010, p.58): "Este (o juiz), por mais que se esforce para ser objetivo, está sempre condicionado pelas circunstâncias ambientais nas quais atua, pelos seus sentimentos, suas inclinações, suas emoções, seus valores ético-políticos." Luís Roberto Barroso (2011b, p.381), em sentido próximo, sustenta que o dever de não utilização de valores morais próprios na construção da norma jurídica (pelo juiz) não elimina riscos e complexidades, funcionando, apenas, como uma bússola de papel. Não é incomum, aliás, a invocação apenas retórica dos princípios jurídicos¹⁵⁵, a ponto de Ricardo Luis Lorenzetti (2009, p.68) falar numa interpretação "hermética", despida de um mínimo poder de convencimento. Ainda Lorenzetti (2009, p.68): "o problema é que a atividade interpretativa se sustenta tão-somente na subjetividade do intérprete, e as referências ao texto são meramente instrumentais, para fundamentar uma decisão que já foi tomada antes mesmo da sua leitura." Daí a necessidade de um controle efetivo das decisões judiciais que aplicam diretamente princípios constitucionais, inteligência que não elimina, mas que certamente mitiga o risco da arbitrariedade judicial.¹⁵⁶

¹⁵⁵ Marcelo Neves (2010, p.154) afirma que os princípios têm um "quê" de diabólico. Prossegue o autor (2010, p.196): "Em síntese: a invocação retórica dos princípios como nova panaceia para os problemas constitucionais brasileiros, seja na forma de absolutização de princípios ou na forma da compulsão ponderadora, além de implicar um modelo simplificador, pode servir para o encobrimento estratégico de práticas orientadas à satisfação de interesses avessos à legalidade e à constitucionalidade e, portanto, à erosão continuada da força normativa da Constituição. Antes da ênfase no debate (muitas vezes, estéril) sobre a diferença entre princípios e regras, impõe-se a construção de uma teoria das normas constitucionais que sirva a uma concretização juridicamente consistente e socialmente adequada dos respectivos princípios, regras e híbridos normativos no contexto brasileiro."

¹⁵⁶ Eis a advertência de Virgílio Afonso da Silva (2010, p.146-147): "O ponto de partida para um debate acerca da racionalidade de qualquer forma de interpretação e aplicação do direito é a percepção de que não é possível buscar uma racionalidade que exclua, por completo, qualquer subjetividade na interpretação e na aplicação do direito. Exigir isso de qualquer teoria é exigir algo impossível." Essa questão será retomada quando da elaboração de metodologia atinente à densificação dos princípios constitucionais (item 3.1) e, por igual, quando da sugestão relativa à intensificação do controle das decisões judiciais (3.2).

2.4.1 Inexistência de uma única resposta correta

A incorporação de princípios jurídicos à Constituição leva necessariamente à permeabilidade do direito (item 2.1.2) e, desse modo, os desacordos morais existentes na sociedade passam a ser reproduzidos na esfera judicial. Então, indaga-se sobre a existência de uma única resposta correta¹⁵⁷ quando diante de juízos morais (realismo moral) ou, diferentemente, se diante do relativismo moral (antirrealismo) é possível se falar em alternativas ou respostas igualmente defensáveis. É possível se falar numa moral objetiva e, por conseguinte, numa única resposta correta?¹⁵⁸ Antes de prosseguir, coloca-se o exame das principais teorias da interpretação (GUASTINI, 2005, p.138): (i) a teoria cognitivista; (ii) a teoria cética; e (iii) a teoria intermediária, leituras que podem auxiliar no enfrentamento dessa questão.

A teoria cognitivista sustenta que interpretar é revelar o significado objetivo dos textos normativos ou mesmo a intenção subjetiva de seus autores, não havendo, no particular, criação pelo intérprete. Trata-se de concepção intimamente relacionada

¹⁵⁷ Ao menos nove posições sobre a existência de uma "única resposta correta" podem ser elaboradas. Explica Manuel Atienza (2010a, p.56-58): "1) *Existe una única respuesta correcta, que cabe extraer a partir de los principios del Derecho natural*; 2) *Existe una única respuesta correcta que deriva exclusivamente del Derecho positivo y de las reglas del método jurídico*; 3) *Existe una única respuesta correcta, pues cuando el Derecho positivo y el método jurídico no resultan suficientes, cabe acudir a la opinión de la comunidad en general o de la comunidad de los juristas o de los que gozan de más autoridad*. 4) *Existe una única respuesta correcta, pues el Derecho no es sólo un conjunto de reglas, sino una práctica guiada por principios y valores. La respuesta correcta es la que, respetando los materiales jurídicos, proporciona la mayor interpretación posible de los fines y valores que definen lá práctica*; 5) *Existe una única respuesta correcta, pero sólo como una idea regulativa en sentido kantiano*. 6) *La idea de la única respuesta correcta es simplemente una ficción que, sin embargo, cumple una función útil en razonamiento jurídico*. 7) *No siempre existe una única respuesta correcta de acuerdo con el Derecho, aunque eso no quiere decir que no exista otro tipo de criterios objetivos o cuasi-objetivos (morales, económicos, etc.) que, de alguna forma, 'guián' las decisiones de los juristas (de los jueces)*. 8) *Casi nunca existe una única respuesta correcta. El Derecho fija únicamente unos márgenes para la decisión pero, dentre de ellos, los juristas (los jueces) deciden en forma subjetiva e impredecible*; 9) *La noción misma de una única respuesta correcta para cada caso es una simple ideología que cumple la función de enmascarar el poder político de los jueces*."

¹⁵⁸ Explica Jeremy Waldron (2005, p.195-196): "*El sentido de <objetividad> al que me refiero es el que invocan aquellos que consideran que algunos juicios Morales son objetivamente verdaderos y otros objetivamente falsos (realismo moral). En cualquier caso, <realismo moral> es la manera en que los filósofos llaman a la tesis de que existen cosas tales como la verdad moral objetiva y la falsedad moral objetiva; y <antirrealismo> es el término usado para el rechazo filosófico de dicha tesis*."

à doutrina da separação dos poderes¹⁵⁹, à sujeição do juiz à lei e, acima de tudo, à certeza jurídica, elementos que insinuam uma avaliação sobre a veracidade ou falsidade da interpretação, culminando-se, inclusive, com a ideia de que existe uma única resposta correta (GUASTINI, 1995, p.18). Ressalta Michel Troper (2008, p.124): "Como é uma função do conhecimento, a operação pode ser ou não bem-sucedida, e seu produto pode ser uma proposição verdadeira ou falsa. Mas, para dado enunciado, existe apenas uma única interpretação correta." Essa teoria está vinculada à ideologia estática da interpretação, no sentido de que a tarefa hermenêutica consiste em descobrir o significado oculto na formulação linguística, sem espaço, portanto, à criatividade do intérprete (WRÓBLEWSKI, 1988, p.85-86). Há uma unidade entre texto e norma, "sendo função da jurisdição tão somente declarar a norma preexistente para solução do caso concreto", perspectiva que bem identifica o Estado Legislativo (MITIDIERO, 2012, p.66).

A teoria cética, contrariamente, sustenta que os textos normativos admitem diversas interpretações, dependendo, agora, das diferentes posturas valorativas dos intérpretes. As normas jurídicas não preexistem à interpretação; são elas resultado do processo interpretativo. Diz Riccardo Guastini (1995, p.19): "*Sicché ogni messaggio linguistico può avere o il significato che vi ha incorporato l'emittente, o il significato che gli attribuisce il fruitore.*" Ainda Michel Troper (2008, p.125): "Todo o enunciado é dotado não de uma, mas de várias significações entre as quais se trata de escolher. Essa escolha traduz as preferências subjetivas daquele que a exprime. Além disso, o produto da interpretação não pode ser nem verdadeiro nem falso." Não há uma única resposta correta, postura que se aproxima de uma ideologia dinâmica, lida no sentido de que a interpretação se modifica na medida em que também se modificam os contextos em que ela se opera (WRÓBLEWSKI, 1988, p.76). Há separação entre texto

¹⁵⁹ Ensina Michel Troper (2008, p.136): "A teoria da interpretação como atividade de descoberta de uma significação oculta está estreitamente relacionada à ideia de que o juiz não exerce, e não deve exercer, nenhum poder, tendo em vista que se limita a enunciar um silogismo, do qual a premissa maior é a lei, e a premissa menor, o fato. Quando o enunciado da lei é claro, não há lugar para interpretação, e, quando não o é, a interpretação consiste unicamente em descobrir, com o auxílio de métodos seguros, uma significação oculta, mas todavia presente no enunciado. Essa teoria é pressuposta pelas doutrinas da separação dos poderes e do Estado de Direito."

e norma, perspectiva que se afeiçoa à ideia de Estado Constitucional (MITIDIERO, 2012, p.66).¹⁶⁰

A teoria intermediária sustenta que a interpretação é por vezes conhecimento e por vezes atividade decisória. Distingue entre casos fáceis e casos difíceis, de modo que só há discricionariedade do intérprete quando diante de casos difíceis. Ainda Riccardo Guastini (2005, p.143):

Segundo a teoria em exame, pode-se distinguir entre 'descobrir' o significado de um texto normativo, e 'atribuir' significado a um texto normativo. O intérprete decide o significado de um texto – atribui um significado a este texto – quando se move na área da penumbra, isto é, quando resolve um caso dúbio. Em contrapartida, o intérprete limita-se a descrever, a descobrir, o significado de um texto quando resolve um caso claro. Portanto, podem-se distinguir dois tipos de enunciados interpretativos, conforme o significado numa ocasião ou outra atribuído a um certo texto normativo. Quando o significado atribuído cai no âmbito do 'núcleo', o enunciado interpretativo é verdadeiro, sendo o resultado de uma simples averiguação do significado aceito, preexistente. Em contrapartida, quando o significado atribuído cai na área de 'penumbra', o enunciado interpretativo não é nem verdadeiro nem falso, visto que é o resultado de uma decisão discricionária.

Ronald Dworkin, na medida em que se contrapõe à discricionariedade judicial sustentada pelo positivismo de Herbert Hart, com a ajuda do Juiz Hércules¹⁶¹ e mediante a normatividade conferida aos princípios jurídicos, pretende alcançar uma única resposta correta, preexistente na ordem jurídica.¹⁶² Com isso, não apenas evita que um órgão não democrático dite uma nova regra, como também inibe que a sua

¹⁶⁰ A distinção entre texto e norma não sugere uma absoluta liberdade para o intérprete/aplicador (item 3.1.1).

¹⁶¹ Trata-se de um "jurista de capacidade, sabedoria, paciência e sagacidade sobre-humanas, a que chamarei de Hércules" (DWORKIN, 2002, p.165). Ainda Aulis Aarnio (2010, p.15): "*Este juez es, frente a un juez 'humano', omnisciente, dispone de un tiempo ilimitado, su información acerca del caso y de los argumentos aplicables es ilimitada, es capaz de adoptar hasta las decisiones más difíciles (omnipotente) y también es imparcial.*"

¹⁶² Ainda Michel Troper (2008, p.93): "O positivismo conteria, com efeito, a tese de que o direito nada mais é que um conjunto de normas enunciadas, e que a função dos juízes consiste em aplicá-las aos litígios submetidos à apreciação deles. Todavia, como nos casos difíceis, as regras em vigor não fornecem a solução; os juízes devem escolher uma de maneira discricionária. De maneira inversa, a tese de Dworkin conduz a admitir que, mesmo nos casos difíceis, o juiz pode sempre encontrar um princípio aplicável. Na maioria das vezes, não se tratará de um princípio enunciado. O juiz o descobre por esforço de abstração, a partir do conjunto do direito. Realmente, como os princípios constituem o fundamento das regras, o conhecimento destas pode conduzir à descoberta dos princípios que as fundamentam. Desse modo, existe, para todo litígio, uma única solução correta, uma única 'resposta certa', e o juiz não dispõe de nenhum poder discricionário."

aplicação seja retroativa. Significa dizer: para Dworkin os princípios jurídicos servem para o "fechamento interpretativo" e não como um componente libertário da interpretação. Aliás, como mencionado, é desse fechamento que é extraído, diz Lenio Luiz Streck (2011, p.57), o caráter deontológico dos princípios jurídicos, leitura que guarda cunho nitidamente cognitivista.

Herbert Hart *"se referia a esta postura como el <noble sueño> y a Dworkin como el <más noble de los soñadores>"* (FIGUEROA, 2009a, p.169), ao passo que Aulis Aarnio (2010, p.17) sustenta que mesmo Hércules *"no es sólo un ser racional, sino también un ser creativo en el sentido sustancial del término."* Continua (2010, p.16): *"qué pasaría si hubiese dos Hércules J., ambos racionales? Serían también capaces de resolver de forma objetiva auténticos problemas axiológicos?"* Ainda argumenta Aulis Aarnio (1991, p.217) que a concepção de Ronald Dworkin supõe uma base de valores absolutos¹⁶³, concepção, porém, incompatível com a cultura jurídica ocidental. Então, para o autor, pode haver discrepâncias interpretativas ou valorativas até mesmo entre dois juízes com a capacidade de Hércules, o que equivale dizer que nas sociedades democráticas contemporâneas, essencialmente heterogêneas e plurais, não há que se falar numa única resposta correta, pois, dependendo da formação do intérprete, se utilitarista, liberal, liberal igualitário, comunitarista ou crítico-deliberativo, diferentes serão as respostas atribuídas ao caso examinado.¹⁶⁴

¹⁶³ Aulis Aarnio (1991, p.286) elabora a teoria da aceitabilidade racional baseado num relativismo axiológico e, por isso, rechaça a concepção de uma única resposta correta. Para o autor pode existir mais de uma posição normativa ("verdadeira") na sociedade, segundo o ponto de partida que se adote. Explica (2010, p.26): *"Es relativista debido a la premisa básica de que no existen valores objetivos como tales y, de esta forma, tampoco existe un método para abordar los valores objetivos o similares. Los 'valores objetivos' son sólo manifestaciones prima facie, que siempre tienen que ser interpretadas y aplicadas teniendo todo en cuenta, es decir, contextualmente. La teoría del discurso racional no es capaz de dar respuestas objetivas a cuestiones axiológicas. Únicamente de las directrices del procedimiento interpretativo (interpretaciones teniendo todo en cuenta). Finalmente, la concepción es moderada porque trata de evitar los problemas relativismo extremo por ejemplo, los del denominado nihilismo de valores, así como los de quienes mantienen que los valores no son más que preferencias personales."*

¹⁶⁴ Como representação dessa realidade são importantes as considerações de John Hart Ely (2010, p.76), autor que desenvolve a tese de um controle de constitucionalidade procedimentalista: "No entanto, há um erro mais fundamental por trás do ponto de vista aqui considerado – [...]. O erro é o de supor que existe algo, chamado de 'método da filosofia moral', com cujas linhas-mestras todos os especialistas concordarão, e segundo o qual 'há apenas dois tipos de raciocínio – um seguro e o outro, não'. Não é assim que as coisas são. Alguns filósofos da moral acreditam que o utilitarismo é a resposta; outros têm certeza de que não é. Alguns consideram a redistribuição econômica um imperativo moral; outros a consideram moralmente censurável. [...]. Ficamos tentados a supor que não haverá nenhuma distorção sistemática na interpretação judicial do

Desse modo, adotando-se como ponto de partida um ceticismo ou relativismo moral¹⁶⁵, e sendo verdade que o maior receio reside na arbitrariedade do julgador¹⁶⁶, a tese converge para um controle que não apenas alcance a resposta definitiva, expressão essencial do Estado de Direito (AARNIO, 2010, p.10), mas que também colabore na construção racional da melhor resposta, pois, na medida em que o juiz recorre a critérios de caráter metajurídico, ensina Michele Taruffo (2001, p.38), "isso gera exigências particularmente severas de confiabilidade, de racionalidade, de controlabilidade e de justificação."

Em outras palavras, diferentemente da legitimação legislativa, é inquestionável que a legitimação da atuação judicial só pode ser retirada da fundamentação, em especial quando o diálogo entre o juiz e a Constituição é construído sem intermediação. Ensina Manuel Atienza (2009, p.265): *"El hecho de que se atribuya una especial importancia a la argumentación judicial – a la motivación de las sentencias – se debe básicamente a que los jueces (a diferencia de los legisladores) no son elegidos democráticamente; la legitimidad de su poder no depende de su origen, sino*

'raciocínio moral correto', senão a que deriva naturalmente dos axiomas filosóficos a partir dos quais os juízes raciocinam. ('Nós gostamos de Rawls, vocês gostam de Nozick. Nós ganhamos por 6 a 3. Anule-se a lei.')."

Não é outra a percepção de Richard Posner (2007, p.269), adepto do pragmatismo, quando estabelece o seguinte raciocínio: "A ideia de que existem respostas corretas para todas, ou para a maioria das questões morais, é chamada de 'realismo moral', e numa sociedade heterogênea isso tende a parecer ainda menos plausível do que uma crença de que existem respostas corretas inclusive para as questões jurídicas mais complexas."

¹⁶⁵ Trata-se de um relativismo moderado, na medida em que se rechaça o nihilismo em matéria de valores, como, por igual, a tese de que os valores não passam de meras preferências pessoais (AARNIO, 2010, p.26). No particular, pode-se dizer que essa vertente guarda convergência com a tese de Robert Alexy quando fala de uma moral fundamentável (item 2.1.2). Ainda Neil MacCormick (2011, p.42): "O fato de que mais de uma pessoa possa ser razoável não implica dizer que toda diferença de opinião seja razoável."

¹⁶⁶ Jeremy Waldron (2005, p.217-218) fala de três aspectos dessa arbitrariedade: (i) imprevisibilidade; (ii) irracionalidade; e (iii) ilegitimidade democrática. O autor observa que – mesmo diante do realismo – não há uma epistemologia clara para se chegar a uma objetividade moral. Diz que a única forma de se prever quais são as crenças de um juiz acerca de dada concepção moral é recorrer ao registro de suas posições do passado sobre fatos semelhantes, mas essa forma de previsão nos é dada mesmo na hipótese do antirrealismo moral. A irracionalidade, acrescenta, decorre de preconceitos ou caprichos, de modo que – diferentemente de elencar razões que sustentem o respectivo ponto de vista – limita-se o julgador em enunciá-las de forma categórica, vício que igualmente alcança os realistas e antirrealistas. Finaliza o autor dando conta de que só o povo ou os legisladores estão legitimados a determinar quais são os princípios e os valores sociais (WALDRON, 2005, p.221), e isso decorre da carência democrática do judiciário, independentemente se realistas ou antirrealistas os juízes. As três inquietações foram ou ainda serão examinadas no decorrer desse trabalho, ora com maior, ora com menor ênfase, porém o que importa para o momento é a constatação primeira de que tais enfrentamentos não dispensam a necessária fundamentação e (ou) motivação das decisões judiciais (MAIA, 2009, p.160-161).

exclusivamente de su ejercicio, de las razones que puedan aducir para justificar sua decisiones." Em arremate: (i) a tese não encampa a ideia de uma única resposta correta, na medida em que a questão transborda à filosofia moral¹⁶⁷; (ii) a tese converge para a obtenção da resposta definitiva, na perspectiva de que possa servir de precedente para a solução de casos iguais ou assemelhados; e (iii) a tese procura delinear uma metodologia que torne mais racional a direta densificação dos princípios constitucionais, ou seja, no sentido de que a resposta definitiva propicie o surgimento da melhor resposta possível.

¹⁶⁷ Significa dizer: os valores são tão plurais como as diferentes formas de vida (AARNIO, 1991, p.270).

3 A JUSTIFICAÇÃO DAS DECISÕES JUDICIAIS E O CONTROLE EFETIVO NA APLICAÇÃO DIRETA DE PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS

A justificação das decisões judiciais encerra um imperativo constitucional¹⁶⁸, de modo que a referência ainda que rápida às principais Constituições do segundo Pós-Guerra bem demonstra tal assertiva (Constituição da Itália, art. 111¹⁶⁹; Constituição da Espanha, art. 120.3¹⁷⁰; e Constituição de Portugal, art. 205¹⁷¹). Na Alemanha, não obstante a ausência de texto expresse, a exigência por fundamentação é extraída do art. 103.1, mais claramente do direito que qualquer cidadão tem de ser ouvido em juízo. Rodolfo Luis Vigo (2011, p.469) lembra que entre as exigências estabelecidas pelo Código Modelo de Ética Judicial para a Iberoamérica, aprovado no ano de 2006, está a motivação, requisito que consiste em "*en expresar, de manera ordenada y clara, razones jurídicamente válidas, aptas para justificar la decisión (art. 19).*" A fundamentação é fator de legitimação e controle da atividade judicial (MARINONI; RAGONE; OJEDA, 2010, p.106), na medida em que o juiz já não pode apoiar as decisões exclusivamente na sua autoridade (AARNIO, 1991, p.29). A motivação das decisões judiciais é garantia da imparcialidade do juiz, pois, como adverte Michele Taruffo (2011a, p.355), "*la decisión no es imparcial en sí misma, sino en la medida en la que se demuestre que lo es.*"

¹⁶⁸ Chaïm Perelman (2005, p.560-561) estabelece um importante retrospecto sobre a motivação das decisões judiciais. Lembra, por exemplo, que o caso mais extremo de falta de motivação é fornecido pelos ordálios, "nos quais se recorre(ia) ao juízo de Deus para dirimir as contestações". Diz, ainda, que em França a obrigação de motivar as decisões judiciais teve início com o decreto da Constituinte de 16-24 de agosto de 1790 (título V, art. 15), onde restou consignado que os motivos que determinaram a sentença deveriam ser expressos. Para um histórico detalhado, consultar: Ferrajoli (2010, p.573); Taruffo (2011a, p.293). Michele Taruffo (2011a, p.312-313), inclusive, discorre sobre a motivação das decisões judiciais no sistema *commow law*, característica, diz o autor, que decorre de uma prática que se consolidou progressivamente, não tendo sido objeto de reivindicação nem pela legislação e nem pela jurisprudência. Continua (313-314): "*No es fácil establecer cuáles sean las causas de este hecho, sobre todo porque la literatura especializada ha descuidado el problema: por otra parte, no parece que se trate sólo de la exigencia de permitir el control sucesivo, que era posible sobre la base de los Rolls aunque faltaba la motivación, sino que más probable que, embrionariamente, se advirtiera la exigencia, intrínseca al sistema de la commow law, de precisar la ratio decidendi de la solución del litigio.*"

¹⁶⁹ "*Tutti i provvedimenti giurisdizionali devono essere motivati.*"

¹⁷⁰ "*Las sentencias serán siempre motivadas y se pronunciarán en audiencia pública.*"

¹⁷¹ "As decisões dos tribunais que não sejam de mero expediente são fundamentadas na forma da lei."

A motivação atribui validade aos pronunciamentos judiciais (CF, art. 93, IX; CPC, arts. 131, 165 e 458, II; CPP, art. 381, III)¹⁷², permitindo aferir se a formulação da norma, pelo juiz, decorreu de uma atividade racional ou arbitrária (FERRAJOLI, 2010, p.573). Fundamentar significa que o juiz deve expor as razões, fáticas e jurídicas, do seu convencimento (NERY JR., 2010, p.291), exigência que não se limita às sentenças ou acórdãos, mas que igualmente se estende às decisões interlocutórias.¹⁷³ Dispensam-na os despachos, na medida em que apenas impulsionam o processo e nem mesmo desafiam a interposição de recurso (CPC, art. 504).

A fundamentação, numa perspectiva jurisdicional ligada mais diretamente ao paradigma positivista-legalista, resultava numa atividade menos complexa. É que, forte na ideia de separação de poderes e na subsequente prevalência do Legislativo, incumbia ao juiz concretizar ou revelar a vontade do legislador, inicialmente genérica e abstrata, via modelo silogístico (lógica subsuntiva).¹⁷⁴ Contudo, a função do juiz contemporâneo não mais se confunde com a mera aplicação de normas pressupostas

¹⁷² O art. 93, inciso IX, da Constituição de 1988 prevê que todos os julgamentos dos órgãos judiciários serão públicos e que todas as decisões serão fundamentadas, previsão não contida expressamente na Constituição de 1967 e EC n.º 01/69 (TAVARES, 2003, p.510). Sendo assim, a motivação era extraída implicitamente do art. 153, § 4.º, da CF (princípio do juiz natural) ou, como afirma José Carlos Barbosa Moreira (1980, p.88), antes da expressa previsão, a motivação decorria diretamente da noção de Estado de Direito. Atualmente, também é importante lembrar que no âmbito do Supremo Tribunal Federal é possível encontrar decisão que – mesmo sob a égide a Constituição Federal vigente – fala da motivação das decisões como uma das possíveis dimensões do princípio do contraditório, no sentido de que as partes têm o direito de ver os seus argumentos efetivamente considerados pelo juiz (STF, MS n.º 24.268/MG, Rel. Min. Gilmar Mendes, DJ de 19/04/2004). Sobre o tema: Taruffo (2011a, p.356-358).

¹⁷³ Hoje, por força do sincretismo processual, e também como decorrência de uma sistemática recursal pouco coerente, por vezes as decisões interlocutórias geram efeitos mais graves que as próprias sentenças.

¹⁷⁴ Piero Calamandrei (1999, p.197) bem retrata essa pretensão: "A lei estabelece de antemão, em forma geral e hipotética, como devem ser decididos todos os variadíssimos casos que possam surgir no futuro. Na lei está tudo: tudo está previsto de antemão. O ordenamento jurídico (se diz) não tem lacunas. O sistema jurídico é como um imenso armário no qual cada gaveta contém a previsão de um certo tipo de hipótese: o trabalho do juiz consiste principalmente na qualificação dos fatos comprovados, é dizer, em procurar qual seja entre as milhares de hipóteses previstas pela lei, aquela à qual corresponde a hipótese comprovada. Uma vez encontrada essa coincidência, o juiz não tem que fazer mais que abrir a gaveta individualizada no armário (é dizer, o artigo do código que faz o caso), e dentro dela encontra, como uma receita, a solução pronta. Este é o famoso mecanismo lógico em virtude do qual toda sentença pode se esquematizar num silogismo: a premissa maior é a lei; a premissa menor, o fato: basta que o fato coincida com a previsão da lei, para que a conclusão surja por si só." Continua: "É verdade que nem sempre, pese à infinita riqueza do armário, se consegue encontrar, porque a realidade é sempre mais rica que toda previsão, a gaveta que exatamente corresponda ao caso a decidir: e que em tal hipótese se encomenda à jurisprudência que adicione ao sistema uma nova gaveta suplementar."

(CASTANHEIRA NEVES, 1993, p.17)¹⁷⁵, de modo que a justificação alcança o próprio conteúdo da lei (ATIENZA, 2010b, p.38). Dito de outro modo, por conta da ampla e disseminada incidência do fenômeno constitucional, decorrência da reconhecida supremacia da Constituição¹⁷⁶, há, necessariamente, uma nova formatação e uma diferente movimentação da ordem jurídica, de modo que já não se pode falar numa plena autonomia legislativa (CAPPELLETTI, 1992, p.10). A realidade jurídica atual demonstra que o direito está para além da legislação (VIGO, 2011, p.478), razão pela qual ela já não justifica satisfatoriamente a decisão judicial. No Estado constitucional não mais se aceita que o escopo da jurisdição fique circunscrito à atuação concreta da lei (CHIOVENDA, 1998, p.58), mostrando-se indispensável que a sua leitura seja feita à luz da Constituição, pois, assim, justificada ou devidamente fundamentada estará a decisão judicial. Eis as considerações de Luigi Ferrajoli (2009, p.18):

Paralelamente, se altera el papel de la jurisdicción, que es aplicar la ley sólo si es constitucionalmente válida, y cuya interpretación y aplicación son siempre, por esto, también, un juicio sobre la ley misma que el juez tiene el deber de censurar como inválida mediante la denuncia de su inconstitucionalidad, cuando no sea posible interpretarla en sentido constitucional.

À evidência, isso não significa desprezo à atividade legislativa, na medida em que a lei ainda confere para todos, indistintamente, um importante e democrático parâmetro de decisão. Ao contrário do afirmado por Jeremy Waldron (2003, p.2), não se deseja sob o enredo do Estado constitucional construir um retrato idealizado do juiz e emoldurá-lo junto com o retrato de má fama do legislador. Absolutamente, a ideia é apenas realçar que a lei não está sozinha. Hoje, inclusive, quando se fala em

¹⁷⁵ Escreve Robert Alexy (2001, p.17-18): "1. O problema da justificação das sentenças jurídicas. 'Ninguém mais pode afirmar seriamente que a aplicação das leis nada mais envolva do que inclusão lógica sob conceitos superiores abstratamente formulados.' Essa constatação de Karl Larenz caracteriza um dos poucos pontos em que há unanimidade dos juristas na discussão da metodologia contemporânea. Em um grande número de casos, a afirmação normativa singular que expressa um julgamento envolvendo uma questão legal não é uma conclusão lógica derivada de formulações de normas pressupostamente válidas, tomadas junto com afirmações de fatos comprovada ou pressupostamente verdadeiros."

¹⁷⁶ Eduardo García de Enterría (2011, p.829) bem sintetiza a noção de supremacia constitucional: "La supremacía de la Constitución sobre todas las normas y su carácter central en la construcción y en validez del ordenamiento en su conjunto, obligan a interpretar éste en cualquier momento de su aplicación – por operadores públicos o por operadores privados, por Tribunales o por órganos legislativos o administrativos – en el sentido que resulta de los principios y reglas constitucionales, tanto los generales como los específicos referentes a la materia de que se trate."

controle de constitucionalidade das leis, cogita-se da ideia de interpretação conforme, mecanismo que procura, sem ofensa à Constituição, extrair da legislação interpretação ou sentido que seja com ela compatível (CASTANHEIRA NEVES, 1993, p.195). Na espécie, a legislação é preservada, mas a sua permanência na ordem jurídica é sustentada pela adoção de específica leitura (item 3.2.2), isso com evidente prestígio à atividade parlamentar e à presunção de constitucionalidade das leis.

Contudo, muito embora seja preferível que a criação da norma se dê com a participação do legislador, isso não significa que a Constituição continue dele refém ou que a atividade judicial esteja pautada apenas pela ideia de legislador negativo, ou seja, o exercício dos direitos nela contemplados já não se espanta com a criação da norma exclusivamente pelo juiz (item 2.1.4). E aqui reside uma questão ainda mais complexa, pois enquanto a legislação no Estado constitucional é diretamente controlada pelo juiz, nas hipóteses de incidência direta dos princípios constitucionais (absoluta ausência da lei) ou quando da tímida regulamentação estabelecida pela lei (déficit de concretização), a interpretação/aplicação constitucional concentra-se na pessoa do juiz. Explica Luís Roberto Barroso (2011a, p.363): "Nos casos difíceis, porém, a solução precisa ser construída tendo em conta elementos que não estão integralmente contidos nos enunciados normativos aplicáveis. Valorações morais e políticas precisarão integrar o itinerário lógico da produção da decisão." Essa diferenciada discricção, seja em relação à acomodação de específico suporte fático, seja em relação às consequências inicialmente previstas pelos princípios constitucionais (colisão intraprincípios ou concorrência de princípios constitucionais colidentes) sugere escolhas^{177,178,179}, decorrendo daí a necessidade de uma fundamentação

¹⁷⁷ Explica Robert Alexy (2001, p.19-20): "1.1. Justificações e valorizações jurídicas. Há casos em que a decisão de um caso isolado não segue logicamente quer de afirmações empíricas tomadas junto com normas pressupostas ou proposições estritamente fundamentadas de algum sistema de raciocínio (juntamente com proposições empíricas), nem pode essa decisão ser totalmente justificada com a ajuda de regras da metodologia jurídica; nesses casos deve-se concluir que quem decide tem de ser discreto, na medida em que o caso não seja completamente regido por normas jurídicas, regras do método jurídico e doutrinas de dogmática jurídica. Então ele pode escolher entre várias soluções. [...]. No entanto, essas constatações antes identificam do que solucionam o problema. A pergunta é, onde e até que ponto são necessários os julgamentos de valor, como deve ser determinado o relacionamento entre esses julgamentos de valor e os métodos de interpretação jurídica, bem como as proposições e conceitos da dogmática jurídica, e como esses julgamentos de valor podem ser racionalmente fundamentados ou justificados." Esse é o ambiente típico da argumentação jurídica, na medida em que a insuficiência da lógica subsuntiva impõe, ao intérprete, uma analítica demonstração da construção do seu raciocínio (BARROSO,

mais densa¹⁸⁰, coadjuvada por um controle interno ainda mais consistente. Não há compartilhamento na construção da densidade normativa e, ainda, porque esse

2011a, p.362-363). Nas palavras de Neil MacCormick (2006, p.17-19): a argumentação jurídica guarda uma "função justificatória", no sentido de que incumbe às partes e ao juiz dar "boas razões justificatórias em defesa de reivindicações ou decisões." Ainda: Vigo (2011, p.464).

¹⁷⁸ A argumentação jurídica é uma ramificação da argumentação prática (MacCORMICK, 2006, p.xiv) ou um caso especial do discurso prático geral (ALEXY, 2001, p.211). Explica Robert Alexy (2001, p.212): "Acima afirmamos a tese de que o discurso jurídico é um caso especial do discurso prático geral. Isso aconteceu com base em: (1) as discussões jurídicas se preocupam com questões práticas, isto é, com o que deve ou não ser feito ou deixado de fazer e (2) essas questões são discutidas com a exigência de correção. É questão de 'caso especial' porque as discussões jurídicas (3) acontecem sob limites do tipo descrito (os argumentos são jurídicos)." Significa dizer: diferentemente do discurso prático geral, exige-se que a escolha esteja justificada racionalmente no contexto da ordem jurídica vigente (ALEXY, 2001, p.269). Trata-se, na espécie, da "justificação externa" (interpretação, dogmática, precedentes etc.). No mesmo sentido: Bustamante (2012, p.214).

¹⁷⁹ Ainda é possível trabalhar a argumentação jurídica em direta relação com a interpretação jurídica. Diz Rodolfo Luis Vigo (2011, p.463 e 467): *"Ella (argumentación) en última instancia, y como más adelante precisaremos, viene a sustituir o absorber a la problemática llamada de la interpretación jurídica o metodología jurídica en tanto su centro de atención privilegiada y de desarrollo futuro, es el campo de las decisiones jurídicas-judiciales. [...] De una manera rápida podríamos responder y concluir que el nuevo nombre de la interpretación es el de la argumentación"*. Continua: *"Más allá de las convenciones lingüísticas que pueden adoptarse, lo cierto es que el término interpretación quedó ligado entre los juristas al modelo iuspositivista normativista configurado en Europa durante el siglo XIX, y ésta es su principal debilidad, dado que han cambiado significativamente aquel Derecho y el Estado que lo generaba, respaldava y aplicaba. Consiguientemente, en las actuales sociedades pluralistas, democráticas y constitucionalizadas contemporáneas, a los jueces se les exige que a la hora de brindar su respuesta jurídica autoritativa, expresen las razones o argumentos con los que justifican a la misma. Se confirma que la tarea judicial no consiste básicamente en aplicar aséptica y silogísticamente una respuesta legal, sino en optar entre diferentes respuestas jurídicas que el Derecho vigente pone a su alcance; pero lo que se pretende es que racionalmente justifique, motive o fundamente su opción haciendo conocer los argumentos que la avalan. Dicho de otra manera, ya resulta algo ingenuo o irreal suponer que los cuatro métodos interpretativos savignianos conducirán al juez a <la> respuesta legal prevista anticipadamente; pues la práctica jurídica actual con sus sentencias con disidencias o las jurisprudencias contradictorias, confirma que la tarea judicial no consiste en <desentrañar el sentido contenido en la ley> y que se le reclama al juez que brinde argumentos justificatorios de la respuesta hallada o construída desde el Derecho vigente."* Não parece ser outra a conclusão de Manuel Atienza (2010b, p.33) quando, ao discorrer sobre as concepções da argumentação e problemas relativos à interpretação, conclui: *"Cada una de estas tres concepciones de la argumentación (de la argumentación jurídica) lleva a plantearse de una cierta manera el problema de la interpretación o, si se quiere decirlo de otra manera, a centrarse en unas u otras de las cuestiones de la interpretación antes indicadas."*

¹⁸⁰ Essa preocupação não escapou à comissão responsável pela elaboração do anteprojeto do novo Código de Processo Civil (art. 472, parágrafo único). "Fundamentando-se a sentença em regras que contiverem conceitos juridicamente indeterminados, cláusulas gerais ou princípios jurídicos, o juiz deve expor, analiticamente, o sentido em que as normas foram compreendidas, demonstrando as razões pelas quais, ponderando os valores em questão e à luz das peculiaridades do caso concreto, não aplicou princípios colidentes." Do relatório-geral do Senador Valter Pereira ou do Projeto do Senado (art. 477, parágrafo único) constou: "Fundamentando-se a sentença em regras que contiverem conceitos juridicamente indeterminados, cláusulas gerais ou princípios jurídicos, o juiz deve expor, analiticamente, o sentido em que as formas foram compreendidas." Tal previsão, não obstante as críticas conceituais (DIDIER JR.; 2011, p.145-152), bem demonstra (i) a atenção à

controle é preponderantemente endoprocessual, então é caso de sofisticá-lo, de intensificá-lo, até porque a atividade judicial ainda reclama por uma mais convincente legitimação democrática (MARINONI; RAGONE; OJEDA, 2010, p.106). Em jogo está a racionalidade das decisões judiciais. Diz Michele Taruffo (2007a, p.77): *"una buona motivazione non è una motivazione retoricamente efficaci, mas quella che fonda la decisione su argomenti validi e controllabbi."* Enfim, a verticalização do papel criativo do juiz sugere que se intensifique o controle sobre as decisões judiciais, até porque são frequentes os abusos no manejo dos princípios constitucionais (MICHELON, 2011, p.261; OLIVEIRA, C. A. A. de, 2008, p.12-26; SUNDFELD, 2007, p.33-39). Ainda Celso F. Campilongo (2011, p.84-85):

O mesmo princípio aponta para direções paradoxalmente diversas. Nesse caso, sem o retorno às regras, ao invés de completar o ordenamento, facilitar a adjudicação e viabilizar a 'resposta correta', os princípios tendem a bloquear o funcionamento do sistema jurídico e travar sua evolução. Trata-se de um dos maiores riscos da 'moralização' do direito e um dos principais flancos de ataques às teses 'principiologistas'. Não por acaso, começa a ganhar fôlego postura preocupada com a chamada 'farra dos princípios'. Como, retoricamente, os princípios são generosos e agregadores de preferências, apresentam-se como solução mágica para a superação dos desafios do Judiciário. Sugerem bucólica ausência de marcos e limites para um mundo resistente à mudança de marcos e aferrado a princípios.

Esses abusos, decorrência direta dos mais frouxos critérios de julgamento, ou melhor, da não assimilação de critérios mais sofisticados de julgamento¹⁸¹, expõe a imprevisibilidade das decisões judiciais pautadas em princípios constitucionais, situação que naturalmente contribui para o esvaziamento ou descrédito desses preceitos (a densificação desses normativos está à mercê de interpretações *ad hoc* ou de improvisos que em nada ajudam em tempos de neoconstitucionalismo). A segurança jurídica também legitima a atividade jurisdicional (MARINONI, 2010,

normatividade dos princípios jurídicos; e (ii) a necessidade de densificação analítica desta categoria normativa, sob pena de nulidade do comando sentencial. Algumas propostas alternativas foram elaboradas pela doutrina; no particular, Marinoni; Mitidiero (2010, p.131); e Didier Jr. (2011, p.151).

¹⁸¹ Rodolfo Luis Vigo (2011, p.476-477), após desenvolver 28 diretivas para uma racional construção da decisão judicial, destaca: *"Meta argumentos o directivas: Uno de los problemas que enfrenta la argumentación jurídica es que ofrece al jurista una nomina extensa de argumentos pero el uso de ellos suscita una gran variedad de problemas, entre os cuales destaquemos: cuántos y cuándo hay que usar en cada caso? Cómo se establece el peso de ellos? qué jerarquía tienen dentro del mismo discurso? qué exigências de coherencia deben satisfacerse?; etc."*

p.121-124; WAMBIER, 2008, p.57-60), de modo que a aplicação dessas normas pressupõe uma fundamentação associada a uma mínima metodologia, com pretensão de universalidade, e que não dispensa, por igual, um procedimento marcado por um contraditório de forte viés.¹⁸² Então, desse substrato, é extraído o tema central da tese, elemento que converge para a intensificação do controle das decisões judiciais quando diretamente pautadas por princípios constitucionais, explícitos ou implícitos.

3.1 PARÂMETROS MÍNIMOS EXIGIDOS NA DENSIFICAÇÃO DOS PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS

A ausência ou a deficitária mediação legislativa não inibe a incidência direta dos princípios constitucionais (item 2.1.4), mas, nessas hipóteses, é também verdade que a densificação desses comandos exige parâmetros mínimos de justificação, tanto para atribuir maior racionalidade às decisões judiciais, como, por igual, para que se descortine um controle efetivo dessa atividade. Se, de um lado, é possível afirmar a inexistência de uma única resposta correta, isso não significa que o imperativo constitucional (CF, art. 93, inc. IX) se contente com qualquer fundamentação ou com a retórica invocação dos princípios constitucionais.¹⁸³ Há, no particular, substanciais variações de critérios para densificação desses comandos, mas, aqui, adotar-se-á metodologia que minimamente atenda às hipóteses de trabalho (incorporação de determinada situação concreta ao suporte fático; aferição de eventuais hipóteses de

¹⁸² Não se trata de culto à cognição plena, até porque as técnicas cognitivas não escapam – e assim deve ser – às exigências do direito material tutelado (WATANABE, 2000, p.19-25). Mas, diferentemente, quando em jogo a densificação de princípios constitucionais, explícitos ou implícitos, parece razoável (e as razões serão anunciadas noutro tópico) que o controle dessa justificação se faça, em definitivo, pelo Supremo Tribunal Federal, leitura que, especialmente por conta das tutelas de urgência, hoje vulgarizadas, não sugere maiores prejuízos aos jurisdicionados.

¹⁸³ Explica J. J. Gomes Canotilho (2002, p.1191): "Interpretar a constituição é uma *tarefa* que se impõe *metodicamente* a todos os aplicadores das normas constitucionais (legislador, administração, tribunais). Todos aqueles que são incumbidos de aplicar e concretizar a constituição devem: (1) encontrar um resultado constitucionalmente <justo> através da adoção de um procedimento (método) racional e controlável; (2) fundamentar este *resultado* também de forma racional e controlável (Hesse)."

colisão intra e entreprincípios constitucionais etc.)¹⁸⁴, metodologia coadjuvada por um processo cooperativo e, ainda, por uma pretensão de universalização excepcionável (ideia regulativa). Contudo, desde logo, coloca-se a advertência levantada por Robert Alexy (2001, p.272): "No entanto, nenhum procedimento que garanta a certeza está à vista ainda. Qualquer pessoa que equipare racionalidade com certeza terá de renunciar à ideia de uma teoria de argumentação jurídica racional."

3.1.1 Critérios relativos à admissão de determinada situação fática no âmbito de proteção dos princípios constitucionais: o texto da norma e os dados da realidade como limites

A visualização dos princípios constitucionais como comandos *prima facie* ou mandamentos de otimização está condicionada às circunstâncias fáticas e jurídicas, dependendo, por igual, das escolhas valorativas na delimitação do conteúdo desses preceitos. Sendo assim, contrariamente à rígida categorização ou à prévia delimitação conceitual do âmbito de proteção desses comandos; diferentemente da adoção de um suporte fático restrito, cujo alcance é desde logo definido com o auxílio da teoria interna ou teoria dos limites imanentes¹⁸⁵; com alguma mitigação, prefere-se contemplar a norma principal numa perspectiva alargada (suporte fático amplo), porquanto não se exige do constituinte e do intérprete o detalhamento das inúmeras hipóteses de incidência dos princípios constitucionais. Tal concepção, com a ajuda da teoria externa¹⁸⁶, dissocia direitos de restrições, de modo que melhor resolve as

¹⁸⁴ No particular, duas considerações são importantes: (i) a metodologia empregada guarda aproximação com as teorias procedimentalistas da argumentação (Robert Alexy e Aulis Aarnio); e (ii) a referência a uma "metodologia mínima" aproxima-se à ideia de "*contenido mínimo necesario de la motivación*" de Michele Taruffo (2011a, p.406-410).

¹⁸⁵ Explica Virgílio Afonso da Silva (2010, p.94): "Como visto até aqui, independentemente das estratégias argumentativas, toda teoria que se baseia em suporte fático restrito para os direitos fundamentais tem como principal tarefa fundamentar o que se inclui e o que não deve ser incluído no âmbito de proteção desses direitos, bem como definir qual é a extensão do conceito de intervenção estatal nesse âmbito."

¹⁸⁶ J. J. Gomes Canotilho (2008, p.199 e 201-202) bem analisa as teorias interna e externa, entendimento que constrói com a ajuda de dois conceitos operacionais básicos. Explica: "É hoje comum, na

hipóteses de colisão entre princípios constitucionais. Com efeito, é preferível trabalhar um âmbito de protecção ou domínio normativo potencial (CANOTILHO, 2002, p.1255), um direito ilimitado *prima facie*, leitura, porém, que não arreda o esforço hermenêutico em ver inicialmente afastadas algumas situações fáticas do âmbito de protecção dos princípios constitucionais, pois, diferentemente disso, tudo estará sujeito aos mais subjetivos critérios ponderativos.¹⁸⁷

Desse modo, um dos primeiros passos da metodologia sugerida está voltado à definição de situações que não entram na esfera de protecção do princípio constitucional ou, mais precisamente, de situações concretas que previamente devem ser afastadas do campo de incidência do princípio constitucional, investida que não se apresenta incompatível com as eventuais restrições ou limitações exteriores.¹⁸⁸ Contudo, uma

literatura juspublicística, a distinção entre âmbito de protecção (*Schutzbereich*) e âmbito de garantia efetiva (*Garantie-bereich*). [...]. O âmbito de protecção significa que um bem é protegido, mas, nesse âmbito, podem intervir medidas desvantajosas de entes públicos ou de entes privados, que, mesmo sendo lícitos, carecem de justificação e de limites. O âmbito de garantia efectiva é o domínio dentro do qual ingerência, pública ou privada, é ilícita." Então, do cotejo entre as teorias ressalta: "A teoria interna parte das seguintes premissas: (1) os direitos e os respectivos limites são imanentes a qualquer posição jurídica; (2) o conteúdo definitivo de um direito é, precisamente, o conteúdo que resulta desta compreensão do direito, <nascido> com limites; logo (3) o âmbito de protecção de um direito é o âmbito de garantia efectivo desse direito. Por sua vez, a teoria externa propõe o seguinte esquema: (1) os direitos e as restrições são dimensões separadas; (2) as restrições são sempre <desvantagens> impostas externamente aos direitos; (3) o âmbito de protecção de um direito é mais extenso do que a garantia efectiva, porque, aos direitos sem restrições, são opostos limites que diminuem o âmbito inicial de protecção."

¹⁸⁷ Eis as considerações de Cláudio Pereira de Souza Neto e Daniel Sarmento (2013, p.517): "O primeiro passo na ponderação é a verificação da existência de efetivo conflito entre normas constitucionais. [...], deve-se analisar se o caso em discussão está ou não contido no interior da hipótese de incidência de normas constitucionais distintas, que apontem soluções diferentes para o caso. Em algumas situações, chegar-se-á à conclusão de que uma das normas constitucionais em debate não incide sequer *prima facie*, não havendo qualquer necessidade de ponderação." Em sentido contrário, a posição de Virgílio Afonso da Silva, quando sustenta um suporte fático amplo sem "exclusão *a priori* de condutas" (SILVA, 2010, p.97). Ainda, procura o autor demonstrar a incompatibilidade entre a noção de limites imanentes (típica das exclusões *a priori*) e a exigência de sopesamento, pois, na sua concepção, "se os limites de cada direito são definidos internamente e se não há possibilidade de restrição constitutiva externa, é evidente que não há qualquer possibilidade de sopesamento entre direitos fundamentais."

¹⁸⁸ Os direitos fundamentais não são absolutos e nem ilimitados. Convivem, diz José Carlos Vieira de Andrade (1983, p.214), com limites internos e externos, de modo que (i) algumas vezes essa limitação "atinge o seu próprio âmbito de protecção constitucional, de tal maneira que exclui em termos absolutos certas formas ou modos do seu exercício – fala-se então de limites imanentes"; e (ii) noutras "a limitação resulta dos compromissos naturais entre valores constitucionais que concorrem directamente em determinados tipos de situações e que, nessas circunstâncias, reciprocamente se limitam – estamos perante as *colisões* de direitos ou *conflitos* em sentido estrito." Ainda J. J. Gomes Canotilho (2008, p.202): "A moderna teoria do direito tem revisitado o problema da radical alternatividade das teorias externa e interna das restrições para demonstrar a insustentabilidade de teorias puras, quando na grelha analítica introduzimos duas outras

necessária advertência: a prévia exclusão depende do ônus argumentativo, sendo insuficiente a simples intuição do intérprete. Explica Ingo Wolfgang Sarlet: as situações que não estejam manifestamente fora do âmbito de proteção sugerem enfrentamento no plano dos limites dos direitos fundamentais (SARLET, MARINONI; MITIDIERO, 2012, p.330). Colocam-se, portanto, dois limitadores: (i) o texto da norma; e (ii) a interpretação dos fatos (dados da realidade) na revelação da norma jurídica.

O texto da norma como limite à construção de sentidos: a norma jurídica não se confunde com o texto normativo, na medida em que esboça um resultado.¹⁸⁹ Ela (a norma jurídica) resulta da interpretação (GRAU, 2009, p.85). Afirmar Giovanni Tarello (1980, p.102): "*Nelle organizzazioni moderne, le norme sono i significati che si attribuiscono ai documenti delle leggi e degli altri atti normativi giuridici. A questa attribuzione di significato si dà il nome di interpretazione.*" Então, por isso, se diz que o intérprete cria a norma jurídica, no sentido de que complementa o trabalho do legislador (GRAU, 2009, p.64), mas isso não significa uma total liberdade ou arbítrio na formulação da norma jurídica, na medida em que a interpretação tem o texto da norma como limite (CANOTILHO, 2002, p.1204). Significa dizer: eventuais superações podem ensejar um criticável "realismo decisorista" (NEVES, 2010, p.20; MÜLLER, 2009, p.161). Ainda Konrad Hesse (1998, p.69): "Interpretação está vinculada a algo estabelecido. Por isso, os limites da interpretação constitucional estão lá onde não existe estabelecimento obrigatório da Constituição, onde terminam as possibilidades de uma compreensão conveniente do texto da norma ou onde uma resolução iria entrar em contradição unívoca com o texto da norma." Continua (1998, p.70): "para a interpretação constitucional, que parte do primado do texto, é o texto limite insuperável de sua atividade." No particular, inclusive, é preciso dizer que há significados que

dimensões metódicas: (1) a distinção entre *princípios e regras* no campo dos direitos fundamentais; (2) a indispensabilidade da *ponderação de direitos e de bens*, irrecondizível à fixação de padrões teóricos abstratos."

¹⁸⁹ Eis as considerações de Riccardo Guastini (1995, p.17): "*Nell'uso comune, il vocábulo 'norma' è ambiguo. Talvolta, è usato per riferirsi ad un frammento del discorso delle fonti: un enunciato normativo, una 'disposizione' come suol dirsi. Talaltra, è usato per riferirsi al contenuto di significato di una disposizione. Ora palesemente, se per 'norma' si intende l'enunciato normativo, si può dire che l'attività interpretativa si eserciti su norme. Ma se, per contro, per 'norma' si intende il contenuto di significato dell'enunciato, allora si deve dire che l'attività interpretativa si esercita non su norme, ma su disposizioni, e che le norme sone non già l'oggetto, mas piuttosto il risultato, il prodotto, dell'interpretazione.*"

independem da visão voluntarista do intérprete¹⁹⁰, significados esses plenamente partilhados pelo tecido social, de modo que muito mais adequado é dizer que interpretar é construir a partir de algo, é reconstruir. Ensina Humberto Ávila (2011, p.32-34):

Todavia, a constatação de que os sentidos são construídos pelo intérprete no processo de interpretação não deve levar à conclusão de que não há significado algum antes do término desse processo de interpretação. [...]. Por conseguinte, pode-se afirmar que o intérprete não só constrói, mas reconstrói sentido, tendo em vista a existência de significados incorporados ao uso linguístico e construídos pela comunidade do discurso. [...]. Daí se dizer que interpretar é construir a partir de algo, por isso significa reconstruir: a uma, porque utiliza como ponto de partida os textos normativos, que oferecem limites à construção de sentidos; a duas, porque manipula a linguagem, à qual são incorporados *núcleos de sentidos*, que são, por assim dizer, constituídos pelo uso, e preexistem ao processo interpretativo individual.

Não é outra a lição de Riccardo Guastini (2005, p.141):

A teoria cética é sustentada, na literatura contemporânea, especialmente pelas correntes do assim chamado 'realismo jurídico' (norte-americano, escandinavo, italiano). Essa teoria evidentemente descarta os vínculos e limites objetivos, aos quais estão fatalmente sujeitas as escolhas dos intérpretes. Esses vínculos dependem da circunstância de que, em todo ambiente cultural dado, os usos linguísticos correntes admitem uma gama, ainda que vasta, de qualquer maneira limitada, de significados possíveis para toda expressão dada. As atribuições de significado que não caem dentro dessa gama são dificilmente sustentáveis, sujeitas à crítica e provavelmente destinadas ao insucesso. E é óbvio que entre os hábitos linguísticos difundidos estão incluídas, se existirem, as interpretações já creditadas e consolidadas de um certo texto normativo. É também óbvio que são escassamente praticáveis todas as interpretações que o intérprete não esteja em condição de argumentar (ou motivar) de maneira convincente segundo os padrões de racionalidade acolhidos no seu ambiente cultural.

¹⁹⁰ Ensina Friedrich Müller (2009, p.81): "Os elementos da pré-compreensão devem ser introduzidos de forma racionalizada e controlável no nexo da fundamentação jurídica, sob pena de permanecerem fontes de erros sem responsabilização, posto que irracionais; com isso não se daria nenhum passo além do positivismo, que os ignorou ou silenciou sobre eles." Ainda Mauro Cappelletti (1993, p.25-26): "Mas também é verdade que existe, pelo menos, um baluarte extremo, digamos uma fronteira de bom senso, que se impõe tanto no caso da interpretação do *case law*, quanto no do direito legislativo, ao menos porque também as palavras têm frequentemente um significado tão geralmente aceito que até o juiz mais criativo e sem preconceitos teria dificuldade de ignorá-lo."

Nessa perspectiva, porque o texto da norma limita a interpretação ou a construção de sentidos¹⁹¹, é também possível afirmar que a adoção de um suporte fático amplo não autoriza uma incondicionada liberdade na elaboração da norma jurídica. Há um ponto de partida que não pode ser ignorado pelo intérprete e que pode sinalizar para uma ausência *prima facie* de chancela normativa à determinada situação concretizada. Ao discorrerem sobre o método hermenêutico-concretizador, sintetizam Clèmerson Merlin Clève e Alexandre Reis Siqueira Freire (2002, p.36): "Assim, para a hermenêutica constitucional que parte do primado do texto, é o texto constitucional o limite intransponível da atividade hermenêutica."

Os dados da realidade na revelação da norma jurídica: a norma é produzida, não apenas a partir do texto normativo, mas também a partir dos elementos do caso ao qual será aplicada (GRAU, 2009, p.97). Não existe interpretação constitucional independente de problemas concretos (HESSE, 1998, p.62). Por isso, desde logo, algumas especificidades da situação concretizada podem afastar a incidência do princípio constitucional que eventualmente ampare a pretensão de direito material. Significa dizer: num primeiro momento, caso é de incorporação da situação fática à norma jurídica (programa da norma), mas uma particularidade acaba por afastá-la do âmbito de proteção do preceito constitucional (âmbito da norma). Um exemplo trabalhado por J. J. Gomes Canotilho (2002, p.1239) pode esclarecer tal limitação:

Princípios são normas que exigem a realização de algo, da melhor forma possível, de acordo com as possibilidades fácticas e jurídicas. Os princípios não proíbem, permitem ou exigem algo em termos de <tudo ou nada>; impõem a optimização de um direito ou de um bem jurídico, tendo em conta a <reserva do possível>, fáctica ou jurídica. Assim, por ex., quando no art. 47.º da CRP se garante a liberdade de escolha de profissão <salvas as restrições legais impostas pelos interesses colectivo ou inerentes à sua própria capacidade>, deparamos já com uma dimensão principal: a liberdade

¹⁹¹ Tal assertiva, porém, ainda sugere esclarecimentos. Ora, a afirmação de que o texto impõe restrições não quer significar que esses limites sejam estabelecidos pelo autor do texto (originalismo). No particular, são importantes as considerações de Konrad Hesse (1998, p.50-51): "A concretização do conteúdo de uma norma constitucional e sua realização são, por conseguinte, somente possíveis com o emprego das condições da 'realidade', que essa norma está determinada a ordenar. As particularidades, muitas vezes, já moldadas juridicamente, dessas condições formam o 'âmbito da norma' que, da totalidade das realidades, afetadas por uma prescrição, do mundo social, é destacado pela ordem, sobretudo expressada no texto da norma, o 'programa da norma', como parte integrante do tipo normativo. Como essas particularidades, e com elas o 'âmbito da norma', estão sujeitas às alterações históricas, podem os resultados da concretização da norma modificar-se, embora o texto da norma (e, com isso, no essencial, o 'programa da norma') fique idêntico." Ainda: Queiroz (2000, p.204).

de escolha não se impõe em termos absolutos, dependendo de condições fácticas ou jurídicas (assim, um jovem invisual pode ter acesso à Universidade para obter a licenciatura em direito, mas pode já existir a <não possibilidade>, em virtude da sua deficiência física, de acesso ao curso de medicina).

Superadas essas limitações, isso ainda não significa que a norma jurídica esteja acabada, ou seja, isso não leva à conclusão de que o processo hermenêutico tenha sido finalizado. Neste nível a norma jurídica ainda é geral e abstrata, representando o resultado intermediário do processo concretizador (CANOTILHO, 2002, p.1205). Em outras palavras, notadamente em relação aos princípios constitucionais, a concretização ainda depende das condições jurídicas, fatores externos verbalizados pelos princípios colidentes ou pelas leituras concorrentes do preceito constitucional em disputa. Daí a conclusão: sob o aspecto positivo a norma jurídica abstrata facilita a compreensão ou a densificação do âmbito de abrangência dos princípios constitucionais; mas, sob o aspecto negativo, ela se mostra mais eficiente, com o afastamento de situações concretas independentemente da ponderação ou sopesamento. Em termos diferentes, a partir desse momento caminha-se para a norma de decisão ou para a normatividade concreta¹⁹², que nada mais significa do que o efetivo contato da norma jurídica com a realidade; é a norma jurídica aplicada a um caso concreto (GRAU, 2009, p.103). Explica J. J. Gomes Canotilho (2002, p.1205):

Uma norma jurídica adquire verdadeira normatividade quando com a <medida de ordenação> nela contida se decide um caso jurídico, ou seja, quando o processo de concretização se completa através da sua aplicação ao caso jurídico a decidir mediante: (1) a criação de uma disciplina regulamentadora (concretização legislativa, regulamentar); (2) através de uma sentença ou decisão judicial (concretização judicial); (3) através da prática de actos individuais pelas autoridades (concretização administrativa). Em qualquer dos casos, uma norma jurídica que era potencialmente normativa ganha uma normatividade actual e imediata através da sua <passagem> a norma de decisão que regula concreta e vinculativamente o caso carecido de solução normativa.

¹⁹² Segundo Friedrich Müller (2009, p.150), a normatividade não é uma propriedade substancial dos textos normativos, e sim um processo efetivo, temporalmente estendido, cientificamente estruturável (é o efeito dinâmico da norma jurídica). Ainda Cristina Queiroz (2000, p.107): "O tribunal que 'diz' o direito, que enuncia uma 'norma geral', utiliza esse texto para deduzir a norma individual 'contida' na decisão. Com isso cria simultaneamente direito, pelo menos a *dois níveis*: enuncia uma *norma geral* e uma *norma particular*. O juiz aplica a norma que ele mesmo determina através da interpretação (ou a coberto da interpretação) a factos realizados posteriormente à edição do texto, mas anteriores à sua interpretação. A norma particular ou 'regra de decisão' aparece como conforme à norma superior ou 'norma fundamental' da qual é aplicação."

3.1.2 Critérios para afastar eventuais hipóteses de colisão intra e entre princípios constitucionais: ponderação e proporcionalidade em sentido estrito

Com a inserção de específica situação fática no âmbito de proteção do princípio constitucional e, para tanto, contribui o viés ampliativo do suporte fático, agora é preciso aferir sobre a existência de outras importantes leituras relativas ao específico comando e, em caso positivo, descortinar algum critério de superação da controvérsia. Cuida-se, na hipótese, da colisão intraprincípios ou de tensões entre leituras igualmente relevantes do princípio constitucional em disputa (NEVES, 2010, p.162).¹⁹³ Um bom exemplo pode ser extraído do art. 210, § 1.º, da Constituição Federal, dispositivo que prevê o ensino religioso facultativo nas escolas públicas de ensino fundamental. No particular, dizem Daniel Sarmiento e Cláudio Pereira de Souza Neto (2013, p.210-211) que uma visão liberal igualitária certamente dará ênfase à neutralidade do Estado na esfera religiosa, ao passo que os comunitaristas, por valorizarem as tradições na leitura constitucional, "podem ser lenientes em relação às medidas dos poderes

¹⁹³ Em outras situações, é possível que a situação concretizada encontre guarida em bases filosóficas que, mediante específica leitura, não se apresenta compatível com a Constituição vigente. Ora, atualmente são cogitadas de inúmeras filosofias com influência constitucional, de modo que é preciso aferir se aquela que dá suporte à invocada pretensão de direito material ou, mais precisamente, se a leitura dela retirada, de plano, não é rechaçada pela ordem jurídica constitucional. Essa concepção não encerra em desprestígio à corrente filosófica suscitada, mas, apenas, observa que a ordem constitucional não é compatível com aquela específica leitura. No desenvolvimento do trabalho, e por inúmeras vezes, foi dito que o "fato do pluralismo" propiciou o acolhimento de princípios constitucionais ou leituras constitucionais até mesmo antagônicas pelas Constituições do segundo Pós-Guerra, mas, à evidência, isso não significa que qualquer leitura filosófica tenha sido abraçada pela Constituição brasileira de 05/10/1988. Significa dizer: no âmbito dos direitos sociais, uma leitura constitucional liberal igualitária ou comunitarista guarda convergência com o texto constitucional, mas, ao contrário, uma concepção exclusivamente liberal parece incompatível com as bases filosóficas da Constituição vigente. Em sentido ainda mais amplo, discorrem Daniel Sarmiento e Cláudio Pereira de Souza Neto (2013, p.216): "O libertarianismo não se compatibiliza com a Constituição de 1988. De fato, a Constituição de 1988 apresenta uma série de características que permitem que nela se divise uma típica Constituição social. Ela proclama, logo no seu art. 3.º, que a República brasileira tem, dentre os seus objetivos, 'construir uma sociedade livre, justa e solidária' (inciso I) e 'erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais' (inciso III). Consagra um generoso elenco de direitos sociais (arts. 6.º a 11.º) e condiciona a tutela da propriedade ao cumprimento da sua função social (arts. 5.º, XXIII, e 170, II). Estabelece que o objetivo da ordem econômica é 'assegurar a todos uma existência digna, conforme os ditames da justiça social' (art. 170, *caput*) e enuncia, em seguida, uma série de princípios interventivos, que temperam, com um condimento solidarista, os valores liberais que ela também incorpora. Não cabe, por isso, chancelar as teses do libertarianismo no contexto de interpretação judicial da Constituição. Além de equivocada, a postura seria preocupante sob o prisma democrático,

públicos que favoreçam religiões hegemônicas ou majoritárias, notadamente o catolicismo." Não fosse isso, é também possível cogitar da visualização de específica situação fática no campo de incidência de mais de um princípio constitucional, hipótese, agora, que dá ensejo às denominadas colisões ou tensões entre princípios constitucionais¹⁹⁴, mostrando-se, no particular, esclarecedora a multicitada relação que se estabelece entre a liberdade de imprensa e a privacidade do cidadão. Sendo assim, porque afastada a prévia delimitação do campo de incidência dos princípios constitucionais (leitura convergente com a noção de suporte fático restrito e com a noção de mandamento definitivo); e porque inapropriados os critérios hermenêuticos tradicionais vislumbrados para a solução das antinomias normativas¹⁹⁵, a ponderação (sopesamento)¹⁹⁶, instrumentalizada pelo princípio da proporcionalidade, é encarada

por representar a imposição judicial de ideias que muitas vezes não contam com assentimento majoritário e que não podem ser derivadas da Constituição."

¹⁹⁴ É também possível se falar em colisão entre princípios e regras constitucionais, atribuindo-se preferência às últimas. Eis a lição de Ana Paula de Barcellos (2005, p.190): "Nesse caso (regra constitucional), o intérprete estará afastando a incidência de uma regra elaborada pelo poder constituinte originário e que, como padrão, veicula consensos básicos do Estado organizado pela Constituição. Por fim, como a solução do caso baseou-se na percepção individual do intérprete, muito frequentemente ela não se repetirá em circunstâncias idênticas, ensejando violações do princípio da isonomia." Ainda Ávila (2009, p.5): "No caso de regras constitucionais, os princípios não podem ter o condão de afastar as regras imediatamente aplicáveis situadas no mesmo plano. Isso porque as regras têm a função, precisamente, de resolver um conflito, conhecido ou antecipável, entre razões pelo Poder Legislativo Ordinário ou Constituinte, funcionando suas razões (autoritativas) como razões que bloqueiam o uso das razões decorrentes dos princípios (contributivas)." Sobre a excepcionalidade do afastamento de regras constitucionais, mediante ponderação, ainda é possível consignar as lições de Daniel Sarmento e Claudio de Souza Neto (2013, p.524-525). "Entendemos que as regras constitucionais não se abrem, em geral, a ponderações, aplicando-se de acordo com a lógica do 'tudo-ou-nada'. Esta maior rigidez na aplicação das regras é importante por várias razões, já explicitadas anteriormente, como a proteção da segurança jurídica e a blindagem contra os riscos de erro e de arbítrio judicial. Porém, há hipóteses extraordinárias, não previstas pelo constituinte, em que mesmo a aplicação das regras constitucionais pode ser afastada por ponderação."

¹⁹⁵ Explica Guastini (2010, p.229): "*Ahora bien, generalmente hablando, cada conflicto entre principios constitucionales presenta las siguientes características. (a) En primer lugar, se trata de un conflicto entre normas que (normalmente) han sido emitidas en el mismo momento. (b) En segundo lugar, se trata de un conflicto entre normas que tienen el mismo estatuto formal, la misma posición en la jerarquía de las fuentes del Derecho. (c) En tercer lugar, se trata de un conflicto <en concreto>. [...]. Todo esto tiene consecuencias notables. Los conflictos entre principios constitucionales no pueden resolverse utilizando criterios de solución estándar de los conflictos. No se puede usar el criterio lex posterior porque los dos principios son contemporáneos. No se puede utilizar el criterio lex superior porque los dos principios tienen la misma posición en la jerarquía de las fuentes. No se puede utilizar el criterio lex specialis porque las dos clases de hechos regulados por los principios se entrecruzan.*"

¹⁹⁶ J. J. Gomes Canotilho (2002, p.1221) discorre sobre os fatores que alimentam a ponderação: (i) inexistência de uma ordenação abstrata de bens constitucionais, o que reivindica uma norma de decisão convergente com as circunstâncias do caso; (ii) formatação principal de muitas

como um dos mecanismos mais relevantes na superação dessas divergências. Como diz Willis Santiago Guerra Filho (2001, p.272), "a proporcionalidade na aplicação é o que permite a coexistência de princípios divergentes, podendo-se, mesmo, dizer que entre esses e ela, proporcionalidade, há uma relação de mútua implicação."

O princípio da proporcionalidade, estruturado por meio dos subprincípios da adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito, norteará a elaboração da norma de decisão.¹⁹⁷ Nesse quadrante, uma advertência se coloca: a incidência do princípio da proporcionalidade pressupõe que haja "uma medida concreta que será testada" (SILVA, 2010, p.179) ou "uma medida concreta destinada a realizar uma finalidade" (ÁVILA, 2011, p.174), ao passo que a tese trabalha sob a perspectiva da aplicação de princípios constitucionais quando da ausência ou deficitária mediação legislativa.¹⁹⁸ Sendo assim, porque não se cogita de uma prévia ponderação legislativa, ensejadora, portanto, de uma abordagem do princípio da proporcionalidade na sua plenitude, permanece, nessas hipóteses, a proporcionalidade

normas constitucionais, sobretudo daquelas que esboçam direitos fundamentais; e (iii) "fractura" da unidade de valores das comunidades contemporâneas (pluralismo). Riccardo Guastini (2010, p.229-231) ensina que a ponderação estabelece entre os princípios constitucionais em conflito uma "hierarquia axiológica móvel", no sentido de que, mediante um juízo de valor comparativo, é estabelecida pelo juiz. Fala de uma "hierarquia móvel", agora na perspectiva que estabelece uma relação entre valores que é mutável, podendo ser invertida em outras situações.

¹⁹⁷ Explica Eros Roberto Grau (2009, p.284): "Ocorre também que a ponderação entre princípios se dá no momento da formulação da norma de decisão, não no quadro, anterior a este, de produção da(s) norma(s) jurídica(s) resultantes da interpretação. Este é o aspecto que a doutrina não tem considerado adequadamente, mas cuja consideração é indispensável à compreensão da prática da ponderação. A interpretação do direito é inicialmente produção de normas gerais. A ponderação entre princípios apenas se dá posteriormente, quando o intérprete autêntico decidir o caso, então definindo a solução que ao caso aplica. A atribuição de peso menor ou maior a um ou a outro princípio é, então, opção entre indiferentes jurídicos, exercício de discricionariedade, escolha subjetiva estranha à formulação, anterior, de juízos de legalidade."

¹⁹⁸ "A ponderação judicial pode ocorrer em três contextos diferentes. No primeiro, o poder judiciário é provocado para analisar a validade de uma ponderação já realizada por terceiros – em geral, pelo legislador – que pode ocorrer tanto em sede de controle abstrato de normas quanto na análise de caso concreto. No segundo, existe um conflito entre normas constitucionais, mas não há nenhuma ponderação prévia realizada por terceiros. Aqui, o juiz tem a primeira palavra na ponderação, e não apenas examina a validade de algum sopesamento extrajudicial feito anteriormente. Na terceira hipótese, o próprio legislador infraconstitucional remete ao judiciário a tarefa de avaliar, em cada caso concreto, a solução correta para o conflito entre interesses constitucionais colidentes, seguindo determinadas diretrizes, pressupostos e procedimentos que ele fixou." (Cf. SARMENTO; SOUZA NETO, 2013, p.515).

em sentido estrito como passagem exclusiva da ponderação densificadora de princípios constitucionais.¹⁹⁹ Explica Virgílio Afonso da Silva (2010, p.179):

Como visto anteriormente, no entanto, há casos em que não há qualquer regra infranconstitucional que discipline a colisão entre dois princípios. Ou seja, pode ser que dada situação de colisão ainda não tenha sido objeto de ponderação por parte do legislador. Nesses casos, isto é, nos casos em que deve haver uma aplicação direta dos princípios constitucionais ao caso concreto – e esses são muito mais raros –, deve –, aí, sim – haver apenas um sopesamento entre os potenciais princípios aplicáveis na resolução do caso concreto. A razão é muito simples: se a aplicação da regra da proporcionalidade implica três questões – (a) A medida é adequada para fomentar o objetivo fixado? (b) A medida é necessária? E (c) a medida é proporcional em sentido estrito? –, é mais do que óbvio que *deve haver uma medida concreta que será testada*. [...]. Mas, nos casos em que se deve aplicar princípios diretamente ao caso concreto, *falta essa variável de referência*. Senão não há medida adotada, não há possibilidade alguma de se adotar a regra da proporcionalidade.

A proporcionalidade em sentido estrito esboça a ideia de equilíbrio (GUERRA FILHO, 2001, p.272; TOLEDO, 1996, p.80). Sintetiza Robert Alexy (2008, p.593): "Quanto maior for o grau de não-satisfação ou de afetação de um princípio, tanto maior terá que ser a importância da satisfação do outro"²⁰⁰. A proporcionalidade em

¹⁹⁹ Não obstante as diferenças conceituais (e também de origem) entre proporcionalidade e razoabilidade (SILVA, 2002, p.23-50), é bem verdade que o ponto de maior contato entre essas figuras está localizado na noção de proporcionalidade em sentido estrito. Explica Ingo Wolfgang Sarlet: "Retomando a controvérsia a respeito da relação entre proporcionalidade e razoabilidade, convém lembrar que, no campo da proporcionalidade em sentido estrito, exige-se a comparação entre a importância da realização do fim a intensidade da restrição aos direitos fundamentais, examinando, em síntese, se as vantagens produzidas pela adoção do meio superam as desvantagens advindas da sua utilização. Precisamente quanto a este ponto assume relevo a conexão dos princípios da proporcionalidade em sentido estrito com o método da ponderação de bens. Tendo em conta que o juízo de ponderação se verifica, com toda a sua extensão, no assim designado terceiro nível da aplicação da proporcionalidade (seguindo-se a metódica trifásica da proporcionalidade), o fato é que mesmo a ponderação sendo considerada simplesmente como coincidente com o raciocínio requisitado pelo princípio da razoabilidade como parâmetro da atuação normativa estatal, é este seguramente o ponto de contato mais importante entre proporcionalidade e razoabilidade. É por esta razão que a razoabilidade é também identificada com a proporcionalidade em sentido estrito, o que, todavia, não significa necessariamente que se trate de noções integralmente fungíveis e que não tenham uma aplicação autônoma" (SARLET; MARINONI; MITIDIERO, 2012, p.343). Ainda: Ávila (2011, p.172); MacCormick (2011, p.41).

²⁰⁰ Para Robert Alexy (2008, p.156), a ponderação "é um aspecto requerido por um princípio mais abrangente, nomeadamente o princípio da proporcionalidade (*Verhältnismäßigkeitsgrundsatz*), que consiste de três subprincípios: os princípios de conveniência, de necessidade e de proporcionalidade em seu sentido estrito." Diz, na sequência, que "o terceiro subprincípio, o princípio da proporcionalidade em seu sentido limitado, diz respeito à otimização relativa às possibilidades jurídicas. As possibilidades jurídicas são essencialmente definidas por princípios concorrentes. A ponderação consiste em nada mais do que otimização relativa aos princípios concorrentes." A verdade é que a noção de

sentido estrito determina que se verifique se a realização do bem jurídico cuja tutela é perseguida justifica o grau de afetação a um direito colidente (SARMENTO; SOUZA NETO, 2013, p.476), máxima, portanto, que tem como função primeira evitar o exagero²⁰¹, proibindo que haja restrição a direitos fundamentais que não justifiquem a realização do objeto perseguido (SILVA, 2010, p.175). Ainda Clèmerson Merlin Clève e Alexandre Reis Siqueira Freire (2002, p.36): "O princípio da proporcionalidade em sentido estrito, expressa o equilíbrio resultante do confronto entre vantagens e desvantagens ocasionadas na medida restritiva a direito fundamental necessária à proteção de outro direito fundamental ou bem constitucionalmente protegido." Desse modo, a construção da decisão judicial reclama uma ponderação que impeça tanto eventual hipertrofia de uma das razoáveis leituras do princípio constitucional invocado, como, por igual, a hipertrofia do princípio constitucional em disputa. Leciona Marcelo Neves (2010, p.171-172):

O desafio decisivo que se apresenta ao órgão de interpretação-aplicação constitucional nos casos de colisões intraprincípios, da mesma maneira do que na colisão interprincípios, é de como reorientar as expectativas normativas dos envolvidos direta e indiretamente na respectiva controvérsia. [...]. Nessas circunstâncias, a decisão tanto mais se justifica quanto maior for a capacidade de impedir a hipertrofia de uma esfera social (econômica, política, midiática, científica, religiosa etc.), assim como de uma perspectiva de grupo, organização, pessoa ou ordem jurídica na compreensão do respectivo princípio, sem reprimir o dissenso estrutural, mas antes possibilitando-lhe e, inclusive, estimulando-lhe a emergência em futuros casos.^{202,203}

ponderação não se confunde com o princípio da proporcionalidade, "seja porque se emprega a proporcionalidade em hipóteses que não envolvem conflitos entre normas constitucionais, seja porque a ponderação não se resume à aplicação da proporcionalidade." (SARMENTO; SOUZA NETO, 2013, p.518).

²⁰¹ A proporcionalidade é também encarada sob a óptica da insuficiência ou da proteção insuficiente. Sobre o tema: Silva (2002, p.27); Sarlet, Marinoni e Mitidiero (2012, p.341-342).

²⁰² Especialmente porque as Constituições democráticas hospedam valores ou interesses colidentes, é possível invocar as lições de Gustavo Zagrebelsky (1992, p.14): "*Per gli studi che coltivano, i costituzionalisti sanno che la lotta politica si esprime anche attraverso un perenne confronto per l'affermazione egemonica, come universali ed esclusive, di visioni particolari. Essi sanno però anche – guardando dall'alto, come la loro scienza consente e impone di fare – che, se questo è lecito, oltre che inevitabile per ciascuna parte politica in campo, non lo è (più) per il diritto costituzionale dello Stato democratico e pluralista attuale. Sanno che il diritto costituzionale, posto in azione nelle aule dei tribunali costituzionali, come nelle aule universitarie o in tutti i luoghi in cui può esercitare una presa effettiva sulla realtà, deve operare per mantenere aperte le sue possibilità e le sue condizioni di esistenza, non per chiuderle, sposando integralmente la visione di qualcuna delle*

Nessa perspectiva, porque não há espaço para se falar em hierarquização em nível constitucional ou em hierarquização abstrata, explica-se a razão pela qual a proporcionalidade em sentido estrito pressupõe o satisfatório detalhamento do quadro fático; vale dizer, a relação de precedência entre os princípios constitucionais é sempre condicionada à situação concreta (SILVA, 2010, p.51; SARMENTO; SOUZA NETO, 2013, p.520). Então, por isso, ao lado da proporcionalidade em sentido estrito, outras medidas de apoio à racionalidade das decisões que aplicam diretamente princípios constitucionais mediante ponderação ou sopesamento são aqui sugeridas²⁰⁴: (i) um processo cooperativo, como mecanismo efetivamente preparatório à realização da ponderação (topografia do conflito); somado (ii) à pretensão de universalidade, no sentido de garantir que as situações fáticas idênticas ou assemelhadas recebam tratamento isonômico²⁰⁵, pois, conforme ensina J. J. Gomes Canotilho (2002, p.1224-1225), na ponderação ou sopesamento (forma característica de aplicação do direito sempre que estejam em causa normas que revistam a natureza de princípios jurídicos), é indispensável trabalhar uma justificação que leve em conta os princípios constitucionais da igualdade, da justiça e da segurança jurídica.

parti in campo. Conclusivamente, sanno che oggi tra diritto costituzionale e adesione unilaterale a un progetto politico particolare chiuso c'è contraddizione."

²⁰³ Essa harmonização também pode ser buscada à luz da "concordância prática". Ensina Konrad Hesse (1998, p.66): "bens jurídicos protegidos jurídico-constitucionalmente devem, na resolução do problema, ser coordenados um ao outro de tal modo que cada um deles ganhe realidade. Onde nasce colisão não deve, em 'ponderação de bens' precipitada ou até 'ponderação de valor' abstrata, um ser realizado à custa do outro." No mesmo sentido: Andrade (1983, p.222); Barroso (2011a, p.327); Canotilho (2002, p.1209); Clève; Freire (2002, p.39-40); Branco, Coelho e Mendes (2010, p.174-175); Sarmento; Souza Neto (2013, p.438).

²⁰⁴ Diz J. J. Gomes Canotilho (2002, p.1222): "A ponderação é um modelo de verificação e tipicização da ordenação de bens em concreto. Não é, de modo algum, um modelo de abertura para uma justiça 'casuística', 'impressionística' ou de 'sentimentos'."

²⁰⁵ Cuida-se, no particular, de uma universalização excepcional. (Cf. MacCORMICK, 2008, p.132).

3.1.3 Processo cooperativo: influência e dever de debate

No desenvolvimento do trabalho foi assinalado que a incidência dos princípios constitucionais, nas hipóteses de ausência ou deficitária densificação legislativa, fortaleceu substancialmente a atividade judicial, feição constitutiva que intensificou a subjetividade do juiz e a concomitante possibilidade de abusos na densificação desses preceitos. Sendo assim, estabelecido um quadro mais problemático, descortina-se a formatação do processo civil à luz de um forte contraditório, de um contraditório que assegure às partes o direito de efetivamente influir na construção da decisão judicial; de um contraditório que alcance também a figura do juiz, estabelecendo o dever de debate sobre os temas que darão suporte à construção da decisão judicial.

Daniel Mitidiero e Luiz Guilherme Marinoni não apenas promovem um inventário dos ordenamentos que expressamente trabalham essa visão do princípio do contraditório, como também explicam: "Nessa nova visão, é absolutamente indispensável tenham as partes a possibilidade de pronunciar-se sobre tudo que pode servir de ponto de apoio para a decisão da causa, inclusive quanto àquelas questões que o juiz pode apreciar de ofício" (SARLET; MITIDIERO; MARINONI, 2012, p.648-649). Na doutrina italiana, por exemplo, é possível invocar as lições de Comoglio, Ferri e Taruffo (2006, p.77):

Ma ora si va progressivamente affermando – sulla base delle norme costituzionali e sulla scia delle esperienze di diritto comparato (si vedano, ad es., l'art. 16 del c.p.c. francese; il par. 278, comma 3, della ZPO tedesca, nel testo modificato nel 1976, ed il nuovo par. 139, commi 2-4, delle medesima, nonché il Par. 182a della ZPO austriaca, dopo le rispettive riforme degli anni 2001-2002) – un vero e proprio potere-devere del giudice di provocare comunque, di propria iniziativa, il preventivo contraddittorio delle parti su qualsiasi questione (di rito o di merito, di fatto o di diritto, pregiudiziale o preliminare), avente una rilevanza decisoria determinante. [...], il giudice che <rileva> tale <questione> per ciò stesso deve indicarla alle parti che non l'abbiano precedentemente proposta e discussa, prima di potersene avvalere per la decisione, giacchè la sua preventiva <trattazione> è da reputarsi sempre costituzionalmente <necessaria> (e non è mai soltanto processualmente <opportuna>, come invece lascia intendere l'art. 183, comma 4.

O diálogo judicial, no dizer de Carlos Alberto Alvaro de Oliveira (1997, p.168), não apenas garante a democratização do processo, como também impede

que o *iura novit curia*²⁰⁶ resulte num instrumento de opressão e autoritarismo. Continua o professor titular da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul (1997, p.167): "a colaboração das partes com o juízo encontra a sua razão de ser num plano mais amplo, na medida em que não se cuida apenas de investigar a norma aplicável ao caso concreto, mas de estabelecer o seu conteúdo e alcance", evitando-se, com isso, as surpresas e os naturais prejuízos ao exercício do direito de defesa.²⁰⁷ A observância do contraditório previne as partes de uma "decisão-supresa" ou de uma *terza via*²⁰⁸, construída, quase sempre, sob a perspectiva do *iura novit curia* (COMOGLIO; FERRI; TARUFFO, 2006, p.78).

Nessa perspectiva, tem razão Daniel Mitidiero (2011a, p.48-49) quando insere o processo (e não a jurisdição) como polo metodológico da teoria do processo civil contemporâneo e, com ele, desenvolve a noção de processo cooperativo.²⁰⁹ Segundo o autor (p.114), esse perfil processual decorre de uma visão do direito como *juris prudentia*, muito embora concebido como *scientia juris*, de modo que o contraditório assume destacada posição na construção do formalismo processual. Especialmente quanto ao redimensionamento do papel do juiz, anota que a ele incumbe uma dupla função: ser paritário na condução do processo, no diálogo

²⁰⁶ Sobre o monopólio judicial na aplicação do direito, consultar Fritz Baur (1976, p.169-177). Dentre as conclusões do autor (p.177), extrai-se: "A dicção *iura novit curia* não significa que o Tribunal disponha do monopólio da aplicação do direito, desconhecendo ou desprezando as conclusões das partes tendo em vista as normas jurídicas invocadas pelos litigantes."

²⁰⁷ No mesmo sentido: Tucci (2001, p.163); Teixeira (2004, p.175).

²⁰⁸ Eis as considerações de Michele Taruffo (2011a, p.356-357): "*Una función similar de garantía instrumental es la que explica el principio de obligatoriedad de motivación en materia del derecho de defensa, [...]. Lo que se busca verificar mediante la motivación no es tanto el hecho de que las partes hayan tenido la posibilidad concreta de valerse de todos los instrumentos que les ofrece el ordenamiento procesal para el ejercicio idóneo de sus respectivas razones, sino, especialmente, el hecho de que el juez haya tomado en consideración de manera adecuada las instancias y los alegatos manifestados en ejercicio del derecho de defensa. [...], el vaciamiento de la garantía de la defensa puede tener lugar directamente en la decisión cuando el juez sigue la <<tercera vía>>, eligiendo una solución del litigio que no haya sido objeto de discusión entre las partes durante el juicio, o bien, cuando enche mano de su propio libre convencimiento sobre los hechos de tal modo que termine sobrevalorando o infravalorando indebidamente el valor de los elementos de prueba aportados durante el juicio.*"

²⁰⁹ O processo cooperativo, segundo lições de Daniel Mitidiero e Luiz Guilherme Marinoni, densifica ao menos parcialmente o princípio fundamental ao processo justo (SARLET; MITIDIERO; MARINONI, 2012, p.618-619). Sobre a natureza principiológica da colaboração processual, consultar: Daniel Mitidiero (2011b, p.55-68) e Lenio Luiz Streck (2012, p.13-34).

processual; e assimétrico no quando da decisão da causa. A isonomia reside na condução dialogada do processo, inclusive em relação ao próprio juiz, que se converte num dos sujeitos do processo, com a responsabilidade de também cooperar com as partes, estando, portanto, "gravado por deveres de esclarecimento, prevenção, consulta e auxílio para com os litigantes" (p.82-83). A assimetria está na decisão judicial, gestionada num ambiente democrático, porém imposta pelo Estado-juiz, dada à imperatividade da jurisdição (p.86). Especialmente quanto ao brocardo *iura novit curia* – próprio do processo assimétrico – diz o autor que a sua relativização pressupõe a compreensão do direito "não mais como algo totalmente pré-dado pela legislação" (p.103), apontando, mais, com base nas lições de Carlos Alberto Alvaro de Oliveira, que o contraditório pressupõe que as partes "têm o direito de se pronunciar também sobre a valoração jurídica da causa, tendo o juiz de submeter ao diálogo sua visão jurídica das questões postas em juízo" (p.102).

Então, nesse contexto de maiores incertezas, é importante pensar o processo civil numa perspectiva dialógica também sobre as questões jurídicas, permitindo-se às partes o direito de influir efetivamente na tomada da decisão. Afinal, qual o princípio constitucional aplicado? Quais os critérios relevadores do princípio constitucional em disputa, se implícito? Há divergências razoáveis de leituras constitucionais acerca do mesmo princípio constitucional (colisão intraprincípios)? Existem princípios constitucionais em tensão que igualmente hospedam a situação fática (colisão entreprincípios)? É caso de ponderação? É caso de se trabalhar com qual ou quais das diretrizes da proporcionalidade? Enfim, são delineamentos que antecedem à formulação da decisão e que, com anterioriedade, devem ser compartilhados com os demais atores processuais.

Dito de outro modo, para além da preocupação com os termos da decisão; com a fundamentação exteriorizada na sentença; impõe-se um compartilhamento dos contornos decisórios à semelhança da organização processual em matéria fático-probatória. Significa dizer: na audiência preliminar (CPC, art. 331), por exemplo, a fixação dos pontos controvertidos pode transcender para igualmente alcançar as questões jurídicas, não sob a perspectiva da distribuição e produção de provas, mas, ao contrário, no sentido de informar e debater com as partes o próprio conteúdo da futura decisão judicial. Não se trata de julgamento prévio, antes, cuida-se de prevenir eventual surpresa ou ofensa ao princípio do contraditório quando da elaboração da

decisão judicial, oportunidade em que, não raras vezes, o juiz encontra solução que sequer foi agitada pelos litigantes. Diz J. J. Gomes Canotilho (2002, p.1223): a ponderação não dispensa uma cuidadosa topografia do conflito²¹⁰, topografia, acrescenta-se, que não dispensa a efetiva colaboração das partes.²¹¹

3.1.4 Pretensão de universalização (excepcional): ideia regulativa

A destacada problematidade do direito contemporâneo é incompatível com a existência de uma única resposta correta, de modo que o ideal regulativo migra para a obtenção da melhor resposta, também aferida por meio de uma pretensão de universalidade. Na medida em que a densificação do comando constitucional é feita sem escalas ou intermediações, exige-se do juiz que a justificação da decisão não fique circunscrita ao caso concreto, mas que ela possa servir de parâmetro para a solução de casos semelhantes ou equiparados.²¹² Como explica Neil MacCormick

²¹⁰ "A análise da topografia do conflito exige, assim, que se esclareçam dois pontos: (1) se e em que medida a área ou esfera de um direito (âmbito normativo) se sobrepõe à esfera de um outro direito também normativamente protegido; (2) qual o espaço que 'resta' aos dois bens conflituantes para além da zona de sobreposição." (CANOTILHO, 2002, p.1223).

²¹¹ Ana Paula de Barcellos (2005, p.91-92) concebe a ponderação como um processo composto de três fases sucessivas, assim identificadas: (i) na primeira das fases, incumbe ao intérprete identificar os enunciados normativos que se encontram em conflito; (ii) na segunda das fases, ocupa-se o intérprete em apurar os aspectos fáticos relevantes; e (iii) na terceira das fases, o intérprete formula a sua decisão. Humberto Ávila (2011, p.156-157) fala de etapas fundamentais para que se tenha uma ponderação estruturada: (i) a primeira delas consiste na preparação da ponderação, fase em que devem ser analisados exaustivamente os elementos e argumentos; (ii) a segunda delas se refere à realização da ponderação, oportunidade em que se indica a primazia entre os elementos e argumentos; e (iii) a terceira delas pressupõe a reconstrução da ponderação sob a perspectiva de uma pretensão de validade para além do caso. Sendo assim, não se duvida que o processo cooperativo satisfatoriamente atende à preparação da ponderação, mecanismo, como mencionado, imprescindível nas hipóteses de conflito entre princípios constitucionais.

²¹² Ana Paula de Barcellos (2005, p.126) observa que a "pretensão de universalidade" encerra duas significações: "uma relacionada com a argumentação jurídica propriamente dita e outra com a decisão final do intérprete." Num primeiro momento, quer-se que o intérprete empregue uma argumentação universal, entendida como aquela "aceitável de forma geral dentro da sociedade e do sistema jurídico no qual ela está inserida e racionalmente compreensível por todos". Prossegue (p.130-131): num segundo momento, quando a decisão envolve a decisão formulada pelo juiz, diz que "a solução a que chega o intérprete deve ser generalizada para todas as outras situações semelhantes ou equiparáveis e, para isso, deve ser submetida ao teste da universalização: é possível e adequado aplicar a decisão a que se chegou a todos os casos similares?"

(2006, p.93-96), a justiça formal determina que os casos semelhantes sejam julgados de modo semelhante e, os diferentes, de forma diferente. O juiz, na formação do seu convencimento, tem o dever de fazê-lo com os olhos voltados para o futuro, no sentido de que a decisão de hoje se paute por fundamentos que ele esteja disposto a adotar futuramente.²¹³ A universalidade apresenta um relevante aspecto da racionalidade (PERELMAN; OLBRECHTS-TYTECA, 2000, p.249), assertiva que pode ser interpretada como uma barreira à arbitrariedade judicial (SORIANO, 2002, p.138).

Robert Alexy (2001, p.269) demonstra o vínculo entre o discurso jurídico e o discurso prático geral, de modo que a aplicação do princípio de universalidade – que corresponde à justiça formal (tratar casos semelhantes de forma semelhante) – opera em ambas as instâncias. Sendo assim, "quem fizer uma afirmação normativa que pressuponha uma regra com certas consequências para a satisfação dos interesses de outras pessoas deve ser capaz de aceitar essas consequências, mesmo na situação hipotética em que esteja na posição dessas pessoas." (p.197). Em termos diferentes, em casos semelhantes ou equiparados, é preciso que dispense aos jurisdicionados uma resposta convergente, sem sobressaltos ou surpresas.

A ideia de universalidade pressupõe tratamento isonômico das situações que não encerrem em substanciais diferenças, servindo de bússola, ao juiz, na densificação dos princípios constitucionais. Como esclarece Menezes Cordeiro (2012, p.lxiii), os conflitos intersubjetivos reivindicam saídas previsíveis, diferenciadas, apenas, em função do que se entende ser efetivamente relevante. Dessa forma, não obstante a metodologia sugerida (itens 3.1.1 e 3.1.2), em tempos de neoconstitucionalismo é fundamental que a racionalidade do direito seja retomada, prestigiando-se as justificações e estruturas institucionais que estejam preocupadas com a universalização dos critérios decisórios. Não é demais lembrar que o juiz, na espécie, atribui densidade

²¹³ Ainda Neil MacCormick (2008, p.196): "Para que o juiz J do caso possa justificar a decisão para A ou para R, ele precisa ter a intenção de produzir uma solução jurídica que aceite não apenas reivindicações *ad hoc* ou *ad hominem* de A ou de R. J precisa ter a intenção de fazê-lo em termos que se apliquem igualmente a quaisquer pessoas que satisfaçam as mesmas qualificações e se engajem nos mesmos atos nas mesmas circunstâncias. J precisa fazer alguma escolha entre as proposições jurídicas rivais, ou entre interpretações de proposições jurídicas apresentadas por A e por R; ou então precisa substituí-las por uma possibilidade alternativa como a visão mais correta, ou pelo menos a visão mais correta que pareça possível formular no presente. Somente se estruturar o argumento dessa maneira, terá J dado um fundamento adequado para deferir ou rejeitar a reivindicação de A ou a defesa de R."

princípios constitucionais sem compartilhar de uma prévia ponderação legislativa, o que significa que a única ponderação entre as diferentes leituras dos princípios constitucionais é levada a efeito pelo Judiciário. Então, não há espaço para decisões casuísticas²¹⁴, sendo possível também afirmar que há uma necessária conexão entre justificação e universalização (MacCORMICK, 2008, p.131). Ainda Thomas da Rosa de Bustamante (2012, p.111-112):

Há uma conexão incindível entre as ideias de justificação e universalização. Não é possível qualquer decisão, ou qualquer regra inferida de uma decisão, senão por enunciados universais: 'Justificar um ato é demonstrar que ele é correto. Demonstrar que ele é correto é demonstrar que, desde qualquer ponto de vista objetivo sobre a questão, o ato deva ser praticado, tendo em vista o caráter do ato e as circunstâncias do caso. [...] Não há, eu penso, justificação sem universalização. [...] Para fatos particulares – ou motivos particulares – serem considerados razões justificativas eles devem ser subsumíveis em um princípio de ação enunciado em termos universais, ainda que essa universalidade seja tida como superável (*defeasible*). Isso se aplica ao raciocínio prático em geral, e ao raciocínio jurídico enquanto um departamento do raciocínio prático' [Mac Cormick 2005:98-99].

A universalização também demanda a utilização de boas razões pelo juiz, razões que possam ser sustentadas na esfera pública²¹⁵ e que guardem convergência com a ordem jurídica vigente (BARCELLOS, 2005, p.126), já que o discurso jurídico está condicionado por algumas limitações (ALEXY, 2001, p.181). Dito de outro modo, na medida em que os desacordos sociais são judicialmente reproduzidos (WALDRON,

²¹⁴ Sobre o tema: Luís Roberto Barroso (2011a, p.361): "De fato, para que as decisões produzidas mediante ponderação tenham legitimidade e racionalidade, deve o intérprete: [...] b) utilizar-se de um parâmetro que possa ser generalizado aos casos equiparáveis, que tenha pretensão de universalidade: decisões judiciais não devem ser casuísticas nem voluntaristas." Ainda Humberto Ávila (2011, p.156-157): "A terceira etapa (da ponderação) é a da reconstrução da ponderação (*Rekonstruktion der Abwägung*), mediante a formulação de regras de relação, inclusive de primazia entre os elementos objetos de sopesamento, com pretensão de validade para além do caso." No mesmo sentido: Atienza (2010b, p.81).

²¹⁵ Ainda Aulis Aarnio (1991, p.268): "*Como individuo, una persona puede sostener las opiniones que desee, también por lo que respecta a los valores y principios morales. Pero, si desea participar en la interacción social, tiene que tomar en cuenta a los demás. La moral es una forma de generalizar; es participación en la interacción y en la comunicación sociales. En este contexto, un individuo no puede actuar autónomamente como se le ocurra. [...] Una comunidad social es una comunidad cooperativa. La vida abierta y democrática no puede permitir a cada cual su propio código de valores. No puede permitir que cada individuo confie meramente en la intuición para apoyar sus juicios de valor.*" A tendência judicial para seguir precedentes está relacionada à utilização de bons argumentos pelo juiz quando da elaboração da decisão paradigma (CALAMANDREI, 1945, p.75), de argumentos comprometidos com a justiça imparcial (MACCORMICK, 2008, p.132).

2005, 19-20 e 234-240), para ser um bom intérprete o juiz não apenas deve estar "consciente da fragmentação e variedade das coordenadas cognitivas e valorativas que são as notas dominantes da sociedade atual" (TARUFFO, 2001, p.40), como também deve se empenhar em construir as suas decisões com o apoio de materiais jurídicos reconhecidos pela dogmática jurídica²¹⁶, fator que em muito contribuirá à maximização da aceitabilidade desses comandos.²¹⁷ Todavia, não é demais lembrar que essa aceitabilidade não está vinculada à existência de uma única resposta correta, motivo pelo qual Aulis Aarnio (2010, p.44) elabora o seguinte princípio regulador: *"Cuando se trate de un caso difícil, procura alcanzar una solución y una justificación, de forma tal que la mayoría de los miembros de una comunidad jurídica que piensen de forma racional puedan aceptar tu punto de vista y tu justificación."*

3.2 ESPÉCIES DE CONTROLE: INTENSIFICAÇÃO DO CONTROLE INTERNO

As decisões judiciais que densificam princípios constitucionais, não obstante instrumentalizadas pela proporcionalidade em sentido estrito, ainda carecem de contornos mais seguros. Explica Ana Paula de Barcellos (2005, p.53) que a ponderação ou sopesamento enseja excessiva subjetividade e que ainda não dispõe de

²¹⁶ Explica Neil MacCormick (2008, p.31-32): "Aqueles que produzem argumentos e decisões jurídicas não abordam os problemas da decisão e da justificação no vácuo, mas, em vez disso, o fazem no contexto de uma pletora de materiais que servem para guiar e justificar decisões, e para restringir o espectro dentro do qual as decisões dos agentes públicos podem ser feitas legitimamente. O material em questão compreende as constituições, os tratados, as leis dos Parlamentos nacionais ou subnacionais, as regulações e diretivas das entidades supranacionais, e os milhares de repertórios de decisões judiciais, reconhecidas em alguns sistemas como 'precedentes' no sentido de consistirem em uma 'fonte formal de Direito'. Esses precedentes são usados em praticamente todos os sistemas jurídicos ao menos como um tipo de guia dotado de (mais ou menos) autoridade para a interpretação das leis, dispositivos constitucionais e outros tipos de disposições jurídicas vinculantes. Isso também inclui tratados e outros escritos acadêmicos sobre o Direito produzidos por especialistas reconhecidos." Ainda Aulis Aarnio (1991, p.53): "[...], la matriz (de la dogmática jurídica) contiene una serie de acuerdos acerca de las fuentes del derecho. Quienes cultivan la dogmática jurídica tienen (casi) la misma concepción acerca de a cuáles fuentes uno tiene que referirse y acerca de a cuáles fuentes uno debería o podría referirse. Son estos acuerdos acerca de las fuentes del derecho lo que más claramente muestra el tipo de concepto de derecho y de administración de justicia que existe en una cultura."

²¹⁷ Nas palavras de Aulis Aarnio (1991, p.286) "el objetivo de la dogmática jurídica es maximizar la aceptabilidad racional", entendida como o resultado final do processo de justificação.

mecanismos eficientes à prevenção do arbítrio.²¹⁸ Cláudio Michelin (2011, p.271-278) argumenta que as máximas da proporcionalidade-adequação e da proporcionalidade-necessidade podem ser justificadas pelo argumento de coerência, critério, porém, que não alcança a proporcionalidade em sentido estrito.²¹⁹ Virgílio Afonso da Silva (2011, p.363-366), antes de oferecer uma importante contribuição pautada no que denominou de "objetividade possível"²²⁰, elabora um panorama em que bem descreve as investidas contra a ponderação ou sopesamento, sobretudo sob a perspectiva da subjetividade e (ou) irracionalidade desta forma de aplicação dos princípios constitucionais nas hipóteses de colisão de direitos fundamentais. Sendo assim, ao lado da metodologia descortinada na densificação dos princípios constitucionais, aprimorar o controle dessas justificações (excesso ou insuficiência) também consiste num dos propósitos da tese apresentada.

O controle das decisões judiciais opera em dois planos: o interno (endoprocessual) e o externo (extraprocessual).²²¹ O primeiro está ligado mais diretamente aos litigantes

²¹⁸ No mesmo sentido: Sarmento; Souza Neto (2013, p.514).

²¹⁹ Acrescenta o autor (2011, p.277): "O que a proporcionalidade em sentido estrito necessita (e também, segundo o argumento acima, todas as formas de ponderação ou sopesamento que não são formas de argumentação por coerência) é de uma explicação para a sua legitimidade política, ou seja, da legitimidade política de um órgão para tomar decisões que não podem ser racionalmente (mas apenas retoricamente) reconduzidas a decisões políticas da comunidade. Somente com um bom argumento que preencha essa lacuna é que se poderia efetivamente aceitar a sua utilização argumentativa. Antes desse argumento surgir, talvez seja mais sábio restringir a argumentação jurídica por princípios a argumentos por coerência."

²²⁰ Após recapitular que não é possível cogitar de uma objetividade que "exclua por completo qualquer subjetividade na interpretação e na aplicação do direito", Virgílio Afonso da Silva (2011, p.367) observa que a objetividade no direito "não pode ser sinônimo de demonstrabilidade inequívoca, ou sinônimo de única resposta correta faticamente demonstrável." Ainda acrescenta: "[...], por isso, não é possível falar, na argumentação jurídica, em ônus que não seja ônus *argumentativo*. [...]: não existe ônus da *prova* na argumentação (a não ser, claro, em questões fáticas), não existe um ônus de *demonstração*, existe um ônus *argumentativo*."

²²¹ Explica Michele Taruffo (2007b, p.237): "*Alla tradizionale funzione endoprocessuale, secondo la quale la motivazione della sentenza è finalizzata a facilitare l'impugnazione e il giudizio sull'impugnazione, si è infatti aggiunta una funzione extraprocessuale: la motivazione rappresenta infatti la garanzia della controllabilità dell'esercizio del potere giudiziario al di fuori del contesto processuale, e quindi da parte del quivis de populo e dell'opinione pubblica in generale. Ciò discende da una concezione democratica del potere, secondo la quale l'esercizio del potere deve sempre poter essere controllato dall'esterno.*" Ainda Aulis Aarnio (1991, p.29): "*Como en el caso de las decisiones discrecionales es posible más de una interpretación, la justificación es importante desde el punto de vista de la apelación. [...]. Por otra parte, es específicamente a través de la justificación como el decisor [...] crea la credibilidad en la que descansa la confianza que los ciudadanos tienen en él.*"

que, na hipótese de discordância, poderão impugnar a decisão judicial pela via recursal estabelecida ou excepcionalmente por meio dos sucedâneos recursais disponíveis.²²² Ainda Michele Taruffo (2011a, p.304): a função endoprocessual "*consiste en hacer que las partes se den cuenta con claridad del significado de la decisión, especialmente en la eventualidad de una impugnación, y en permitir que el juez de la impugnación valore de manera adecuada el fundamento de la decisión impugnada.*" O segundo diz respeito ao controle exercido pelo povo, um controle que transcende à óptica particular e que decorre diretamente do regime democrático, isso porque a atividade judicial envolve exercício de poder e, se assim é, o juiz também deve prestar contas de suas atividades (PERELMAN, 2005, p.566; GUASTINI, 2010, p.143). Ainda Michele Taruffo (2011a, p.360):

Este principio (de la obligatoriedad de motivación), en su significado más profundo, expresa la exigencia general y constante de controlabilidad sobre la manera en la que los órganos estatales ejercen el poder que el ordenamiento les confiere y, desde esta perspectiva, la obligatoriedad de motivación de la sentencia es la manifestación específica de un <<principio de controlabilidad>> más general, que resulta esencial para la noción moderna del Estado de derecho, [...]. En otros términos, esto implica que los destinatarios de la motivación no son solamente las partes, sus abogados y el juez de la impugnación, sino también la opinión pública entendida en su conjunto, en tanto opinión de quisque de pueblo.

A preocupação e o controle sugeridos guardam relação mais estreita com a primeira das dimensões, na medida em que o trabalho cogita do recurso extraordinário e da arguição de descumprimento de preceito fundamental como instrumentos para a obtenção da resposta definitiva. Contudo, isso não afasta a importância do controle extraprocessual²²³, pois, na hipótese, a partir do momento em que se cogita da

²²² No particular, revela-se importante a distinção entre *error in procedendo* (falta de fundamentação) e *error in judicando* (equivoco na fundamentação), isso porque enquanto o primeiro dos vícios sugere invalidade (nulidade), o segundo conduz à reforma da decisão impugnada. Aliás, essa distinção também guarda importância no trato da ação rescisória, espécie de sucedâneo recursal (NERY JR., 2004, p.106-107 e 251) que, diferentemente dos recursos, exige a prévia incidência da coisa julgada material (CPC, art. 485).

²²³ Virgílio Afonso da Silva (2011, p.377-378) fala da necessidade de um "controle social" das decisões judiciais, exercido por todos, mas especialmente "pela comunidade acadêmica e jurídica e pela imprensa." Observa, para tanto, que é de fundamental importância "um acompanhamento isento da história e da atividade dos tribunais superiores", apontando-se, quando necessário, os desvios ocorridos. Finaliza: "por mais banal que isso pareça ser, essa é uma forma de controle

incidência direta dos princípios constitucionais e da subsequente obtenção da resposta definitiva, os precedentes daí decorrentes servirão à solução de casos futuros, de modo que o controle extraprocessual da justificação judicial assume um "valor político fundamental". Significa dizer: o controle extraprocessual é o instrumento pelo qual *"la sociedad está en disposición de conocer y de verificar las razones por las cuales el poder jurisdiccional es ejercido en determinados modos en los casos concretos."* (TARUFFO, 2011a, p.19).

3.2.1 A natureza jurídica do controle dessas decisões

A aplicação dos princípios constitucionais independentemente de mediação legislativa ou mesmo quando deficitária a densificação infraconstitucional revela uma atividade em que mais intensamente são concentrados os momentos de criação e aplicação da norma jurídica. Então, por isso, foi dito que as decisões judiciais que aplicam diretamente os princípios constitucionais sugerem um controle mais consistente, até porque os desacordos sociais, típicos das sociedades democráticas e plurais, necessariamente são reproduzidos na esfera judicial. Então, já é permitido problematizar sobre a natureza desse controle, enfrentamento, todavia, que não se faz sem algumas considerações acerca do controle de constitucionalidade de leis ou atos normativos²²⁴, modelo concreto e difuso²²⁵. A razão é simples: o controle abstrato de constitucionalidade, porque voltado exclusivamente à proteção da ordem jurídica, não se reporta à tutela subjetiva de direitos (MENDES; COELHO; BRANCO, 2010, p.1349) e, desse modo, o controle concreto e difuso mais de perto interessa aos propósitos do trabalho.

que pode aumentar a previsibilidade das decisões judiciais (e dos sopesamentos) e diminuir cada vez mais a possibilidade de decisões *ad hoc*."

²²⁴ Há importantes estudos sobre o controle concreto e difuso de constitucionalidade no direito brasileiro. Destacam-se, dentre outros: Moreira Alves (1993, p.1-14); Clève (2000, p.80-91); Barbosa Moreira (1997b, p.183-193); Velloso (2003, p.167-187); Mendes; Coelho; Branco (2010, p.1193-220); e Barroso (2011b, p.84-89).

²²⁵ Sobre a terminologia empregada, importante a ressalva feita por Luís Roberto Barroso (2011b, p.72): "Não se confundem, conceitualmente, o controle por via incidental – realização na apreciação de um caso concreto – e o controle difuso – desempenhado por qualquer juiz ou tribunal no exercício regular da jurisdição. No Brasil, no entanto, como regra, eles se superpõem, sendo que desde o início da República o controle incidental é exercido de modo difuso."

O controle concreto de constitucionalidade pressupõe a existência de um processo, de uma demanda em curso, de modo que a questão constitucional é suscitada por uma das partes, pelo órgão do Ministério Público, pelos terceiros intervenientes ou ainda decorre de oficial reconhecimento (BARBOSA MOREIRA, 1997b, p.186). A matéria constitucional não caracteriza o pedido principal e, desse modo, a solução é prejudicial.²²⁶ Esse controle no cenário jurídico brasileiro é atribuído a qualquer juiz ou tribunal (difuso), mas, em definitivo, o exame acerca da constitucionalidade é deferido ao Supremo Tribunal Federal, via recurso extraordinário (CF, art. 102, inc. III). Sendo assim, qualquer órgão do Judiciário brasileiro, observada nos tribunais a reserva de plenário (CF, art. 97; Súmula de Efeitos Vinculantes n.º 10), está autorizado a declarar a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo, recusando a eles aplicação quando contrários à Constituição. A lei não é subtraída da esfera jurídica, mas, em concreto, não será aplicada (a decisão vincula apenas os litigantes).²²⁷

A supremacia constitucional exige que as situações jurídicas se conformem com as regras e os princípios constitucionais, tornando-se importante, no contexto, não apenas a noção de inconstitucionalidade, mas também a identificação do objeto dessa inconstitucionalidade. Em sentido amplo, a inconstitucionalidade consiste numa agressão, numa afronta, num antagonismo à Constituição (BASTOS, 2011, p.112). A inconstitucionalidade pressupõe a não conformação do ato normativo com o padrão constitucional (DELGADO, 2011, p.407), ao passo que a inércia do poder público ou mesmo o silêncio legislativo também configuram espécies de inconstitucionalidade,

²²⁶ Explica Clèmerson Merlin Clève (2000, p.105-112): "Não há normativa específica dispondo sobre o procedimento dos incidentes de inconstitucionalidade no primeiro grau de jurisdição. A questão de inconstitucionalidade, no primeiro grau, portanto, será resolvida como todas as demais questões prejudiciais de mérito (ilegalidade, direito intertemporal, etc.) que emergem no processo para robustecer uma pretensão ou a resistência a uma pretensão deduzida em juízo por alguém. Nos tribunais, não apenas os respectivos regimentos internos tratam do problema, como inclusive o Código de Processo Civil (arts. 480-482) dispõe sobre ele."

²²⁷ A Constituição Federal (art. 52, inc. X) dispõe sobre a suspensão da execução de lei considerada inconstitucional pelo Supremo Tribunal Federal. Na hipótese, a decisão do STF – mediante a intervenção do Senado Federal – recebe eficácia *erga omnes*. Há, no particular, uma quantidade expressiva de controvérsias sobre o papel exercido pelo Senado Federal, mas, por ora, é relevante destacar que no Supremo Tribunal Federal, na tentativa de aproximar os controles concreto e abstrato de constitucionalidade, há votos pela desnecessidade de se observar esse procedimento (STF, Rcl. n.º 4335-AC, Rel. Min. Gilmar Mendes, s/julg. definitivo). A ideia, em síntese, decorre do fato de que tal previsão não é exigida na jurisdição constitucional abstrata e concentrada e, por isso, anacrônica a sua permanência na jurisdição constitucional concreta e difusa (ainda, item 4.2.2).

mas por omissão (CLÈVE, 2000, p.51). O objeto da inconstitucionalidade reside na lei (inconstitucionalidade por ação) ou mesmo na falta de lei (inconstitucionalidade por omissão), muito embora ela não absorva completamente esse objeto.

Jorge Miranda (1996, p.310-311) ensina: "constitucionalidade e inconstitucionalidade designam conceitos de relação: a relação que se estabelece entre uma coisa – a Constituição – e outra coisa – um comportamento – que está ou não conforme, que cabe ou não cabe no seu sentido, que tem nela ou não a sua base", razão pela qual a alusão às normas abstratas, como faz a legislação portuguesa, não significa o confinamento da inconstitucionalidade "a actos normativos ou a omissões normativas". J. J. Gomes Canotilho (2002, p.922-925) sugere algumas dimensões que podem servir de base para se reconhecer num ato jurídico o conteúdo e a intencionalidade normativa suscetível de controle: (i) normatividade; (ii) imediação; (iii) heteronomia normativa; e (iv) reconhecimento normativo. A primeira dimensão, a normatividade, diz serem atos normativos os atos de "criação normativa", em oposição aos atos de aplicação normativa; a segunda, a imediação, faz entrar no conceito de inconstitucionalidade os atos que diretamente violem a Constituição; a terceira, a heteronomia normativa, exige que o padrão de comportamento seja vinculante independentemente da vontade dos destinatários; já a última dimensão implica reconhecimento pelos órgãos públicos dessa heteronomia vinculante, perspectiva que amplia a noção de inconstitucionalidade.

Desse modo, se não há dúvidas em relação ao controle de constitucionalidade dos normativos emanados pelo Judiciário, desde que marcados pela abstração e pela generalidade (e.g. regimentos internos dos tribunais)²²⁸, aqui a discussão ganha novos contornos. É que a incidência direta dos princípios constitucionais e a subsequente superação da omissão legislativa pelo juiz exterioriza uma diferente feição do controle de constitucionalidade, porquanto o ato jurídico imediatamente parametrizado com a Constituição é a decisão judicial. Significa dizer: quando o juiz independentemente

²²⁸ Leciona Clèmerson Merlin Clève (2000, p.214-215) que "no campo reservado ao regimento (CF, art. 96, I, letra a) há um espaço subordinado à lei (o campo processual propriamente dito) e um campo independente de lei (matéria relativa ao funcionamento dos órgãos jurisdicionais e administrativos). Neste, eventual incursão legislativa (ao legislativo formal) constituirá hipótese de inconstitucionalidade, por isso se trata de matéria reservada à normativa regimental. Quanto às normas regimentais, tanto podem ofender a lei processual (e aqui haverá ilegalidade) como podem ofender diretamente a Constituição. No último caso podem ser objeto de fiscalização abstrata de constitucionalidade."

de mediação legislativa ou mesmo quando deficitária a densificação infraconstitucional aplica os princípios constitucionais, explícitos ou implícitos, o sistema trabalha para que o objeto desse controle recaia sobre a própria decisão judicial. Ora, ao suprir a omissão inconstitucional, raciocínio que se aplica às situações de imediata incidência dos princípios constitucionais, o juiz também pode incorrer em inconstitucionalidade, ampliando ou reduzindo o campo de incidência dessas normas. Sendo assim, a densificação do princípio constitucional diretamente pelo juiz pode dar ensejo à inconstitucionalidade por ação ou à inconstitucionalidade positiva.²²⁹

Noutras palavras, se é verdade que são as leis ou os atos normativos que geralmente se submetem ao controle de constitucionalidade, constatação que resta mais evidente no controle abstrato de constitucionalidade, também é verdade que as decisões judiciais, por força dessa nova concepção, a ele também se submetem, isso porque, à evidência, a sua vinculação com a Constituição é feita sem intermediação ou escalas.²³⁰ Não parece ser outra a percepção de André Ramos Tavares (2011b, p.559) quando afirma: "A decisão judicial (recorrida) nada mais é do que um ato jurídico, emanado de uma fonte regular do direito (o juiz) e, como tal, passível de ser analisada consoante a teoria da inconstitucionalidade." Ainda (2001, p. 176): "ninguém nega que uma decisão judicial possa incidir na inconstitucionalidade, por violar a Carta Magna de um país, com o que estar-se-á em face de um comportamento do Poder Judiciário incompatível com a Constituição." J. J. Gomes Canotilho (2002, p.932) também leciona: "As decisões dos tribunais, na qualidade de actos públicos concretamente aplicativos do direito, podem também violar normas e princípios constitucionais, decisões jurisdicionais inconstitucionais." Por fim, as observações de Luís Roberto Barroso (2011b, p.24):

²²⁹ A expressão é de Jorge Miranda (1996, p.338).

²³⁰ Escreve Teori Albino Zavascki (2001, p.13-14): "Comete-se inconstitucionalidade não apenas editando normas incompatíveis com a Constituição, mas também por atos individuais ou por omissões a ela contrários. [...]. É equivocada, destarte, a ideia de que a inconstitucionalidade é apenas a incompatibilidade da *norma* com a Constituição, ou, em outras palavras, que apenas o legislador comete ofensa à Carta Magna. Na verdade, as 'inconstitucionalidades' podem derivar do comportamento de vários agentes e ser perpetradas por diversos modos."

A expressão 'controle de constitucionalidade' é com frequência empregada em relação aos atos materialmente normativos, isto é, àqueles que disciplinam condutas e têm caráter geral e abstrato. As leis, emanadas do Poder Legislativo, são o exemplo mais típico de atos dessa natureza, mas também se incluem nessa categoria os atos editados pelo Executivo (como as medidas provisórias e certos tipos de atos normativos administrativos) e pelo Judiciário (como os regimentos internos dos tribunais). Mas não são apenas estes. [...]. O mesmo se passa (teste de constitucionalidade) com as decisões judiciais, que comportam recursos tendo por fundamento sua contrariedade à Constituição. De modo que, em sentido amplo, o controle de constitucionalidade é exercido sobre atos de quaisquer dos Poderes.²³¹

Em síntese, existindo lei intermediária, a compatibilidade dessa legislação ou a leitura que dela se faz é identificada como sendo o objeto principal do controle de constitucionalidade; já na hipótese de ausência ou insuficiência da lei, a Constituição é diretamente aplicada pelo juiz e, se assim é, a densidade normativa por ele atribuída passa a ser o foco central desse controle, decorrendo daí a noção de controle de constitucionalidade das decisões judiciais. Ainda é possível acrescentar: se os contornos dessa problemática (aplicação *per saltum* dos princípios constitucionais) tornam difícil imaginar o cabimento da fiscalização abstrata (item 3.2.3)²³², dúvidas não há de que eles revitalizaram o controle concreto e difuso de constitucionalidade

²³¹ Cristina Queiroz (2009, p.302-303), na esteira de Jorge Miranda (1996, p.414), ressalta que de fora do controle de constitucionalidade ficariam os atos administrativos e as decisões judiciais. Contudo, na sequência, também observa que em matéria de controle de constitucionalidade o que verdadeiramente importa não é a "prefiguração genérica da norma, mas o seu escalonamento na estrutura escalonada do ordenamento jurídico", ou seja, a sua imediatidade. Continua a professora da Faculdade de Direito de Universidade do Porto (2009, p.306-307): "Perguntar-se-á então: como apreciar a sua 'legalidade' se se trata de actos 'sem lei', isto é, de actos que não violam nenhum preceito legislativo, que não se apresentam como executórios de nenhuma norma de legislação ordinária? Nesta última hipótese, o acto só pode ser 'imediatamente inconstitucional'. *Tertio non datur*. Quer dizer, na ausência de 'base legal', o acto ou é inconstitucional ou não o é. [...]. Consequentemente, a sua violação não gera um problema de ilegalidade, antes um problema concreto de 'ilegalidade agravada', isto é, de ilegitimidade constitucional." Daí o raciocínio: o juiz, independentemente de mediação legislativa, aplica diretamente os princípios constitucionais, produção que imediatamente decorre do preceito constitucional e, por isso, não há que se falar em ilegalidade, mas em inconstitucionalidade. Aliás, no direito brasileiro isso é ainda mais visível, pois, ao contrário da Constituição portuguesa (art. 280) que reiteradamente fala em "norma" que a viole (recurso de constitucionalidade), a brasileira, no art. 102, III, letra a, simplesmente expressa que o recurso extraordinário é cabível nas hipóteses de vulneração ou negativa de vigência à Constituição.

²³² A jurisdição constitucional abstrata, não fosse pelos requisitos objetivos que lhe são próprios, ainda está reservada a específicos legitimados (CF, art. 103), restrição última que igualmente se aplica à arguição de descumprimento de preceito fundamental (CF, art. 102, § 1.º) em vista do disposto no art. 2.º, inc. I, da Lei n.º 9.882/99. Todavia, em relação à ADPF é sugerida uma

e, com ele, o efeito colateral mais relevante, a dispersão das decisões judiciais. Equivale dizer: uma significativa desvantagem desse sistema (controle concreto e difuso) reside na pulverização dos julgados, na falta de harmonia entre as decisões judiciais (CAPPELLETTI, 1992, p.77), situação, aliás, que obviamente se agrava por conta da ausência de lei ou mesmo por conta da deficitária densificação legislativa. Em outros termos, se a disparidade de julgamentos já ocorre quando há prévia ponderação legislativa, é mais do que evidente que essa dispersão seja potencializada quando a densidade normativa é confiada exclusivamente à figura do juiz.

3.2.2 Interpretação conforme e declaração de nulidade parcial de inconstitucionalidade sem redução do texto

O controle de constitucionalidade trabalha com as noções de constitucionalidade e inconstitucionalidade. A lei é válida (constitucional) ou é inválida (inconstitucional). Sendo assim, em caso de inconstitucionalidade prevalece o entendimento pela nulidade absoluta do regramento incompatível com a Constituição (efeitos retroativos), leitura que sofreu significativos temperamentos por conta do art. 27 da Lei n.º 9.868/99²³³. Além disso, em homenagem à presunção de constitucionalidade das leis (ENTERRÍA, 2011, p.830)²³⁴, o sistema passou a contar com outras técnicas de decisão, a interpretação conforme à Constituição e a declaração parcial de nulidade sem redução do texto, mecanismos que alimentam certa proximidade conceitual e que não

ampliação da legitimação ativa como também uma releitura do caráter subsidiário do instituto, a fim de que possa igualmente servir à uniformização das interpretações judiciais (item 3.3.3).

²³³ "Ao declarar a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo, e tendo em vista razões de segurança jurídica ou de excepcional interesse social, poderá o Supremo Tribunal Federal, por maioria de dois terços de seus membros, restringir os efeitos daquela declaração ou decidir que ela só tenha eficácia a partir de seu trânsito em julgado ou de outro momento que venha a ser fixado."

²³⁴ Diz o autor que essa afirmação envolve outros desdobramentos: (i) uma confiança no legislativo; (ii) a lei pode ser declarada inconstitucional, mas apenas nas hipóteses de "dúvida razoável"; e (iii) nas hipóteses de redação mais ampla da lei, é de se presumir que o legislador quis interpretá-la dentro dos limites da Constituição. Celso Ribeiro Bastos (2011, p.818), por sua vez, ressalta que

diferem quanto à eficácia vinculante das decisões (art. 28, parágrafo único, da Lei n.º 9.868/99).²³⁵ É ainda preciso mencionar que essas técnicas, muito embora imaginadas sob a perspectiva do controle abstrato de constitucionalidade, não são incompatíveis com a fiscalização concreta e difusa (MARINONI, 2006, p.59), ressalva feita à vinculação, problemática que merecerá enfrentamento no momento oportuno (item 4.2), quando, então, em reforço ao controle de constitucionalidade das decisões judiciais, *de lege ferenda*, a sugestão convergirá para a adoção de um cauteloso sistema de precedentes.

A interpretação conforme conduz ao raciocínio de que uma determinada interpretação é compatível com a Constituição e, desse modo, o normativo impugnado deverá hospedar específica leitura. Sendo assim, com a interpretação que lhe foi atribuída, deixa-se de declarar a inconstitucionalidade da lei ou ato normativo. A declaração parcial de nulidade sem redução do texto, ao contrário, reconhece que uma ou outra hipótese de incidência é incompatível com a Constituição e, portanto, inválida. O sentido legal, nesse caso, é inconstitucional. Esses institutos foram assim distinguidos por Gilmar Ferreira Mendes (1996, p.275):

Ainda que se não possa negar a semelhança dessas categorias e proximidade do resultado prático de sua utilização, é certo que, enquanto, na interpretação conforme à Constituição, se tem, dogmaticamente, a declaração de que uma lei é constitucional com a interpretação que lhe é conferida pelo órgão judicial, constata-se, na *declaração de nulidade sem redução de texto*, a expressa exclusão, por inconstitucionalidade, de determinadas hipóteses de aplicação (*Anwendungsfälle*) do programa normativo sem que se produza alteração expressa do texto legal.²³⁶

as modernas formas de interpretação estão fundamentadas no princípio da economia, isso porque o vazio normativo decorrente da decretação de nulidade enseja a ocorrência de sérios danos.

²³⁵ "A declaração de constitucionalidade ou de inconstitucionalidade, inclusive a interpretação conforme a Constituição e a declaração parcial sem redução de texto, têm eficácia contra todos e efeito vinculante em relação aos órgãos do Poder Judiciário e à Administração Pública federal, estadual e municipal."

²³⁶ Dimitri Dimoulis e Soraya Lunardi (2011, p.272-274) explicam que a distinção entre a interpretação conforme e a declaração de inconstitucionalidade parcial sem redução de texto "está no critério utilizado para fiscalizar a constitucionalidade. No primeiro caso, o problema diz respeito à interpretação da norma; no segundo, o problema diz respeito aos casos reais em que sua aplicação é permitida. Mais especificamente, na interpretação conforme se avalia o dispositivo censurando certas 'possibilidades de interpretação' que o legislador autorizou. A fiscalização diz respeito à *premissa maior* do silogismo jurídico. [...]. Já na declaração de inconstitucionalidade parcial sem redução do texto não há dúvidas sobre a interpretação do dispositivo. Só se fiscalizam as

No Supremo Tribunal Federal foram os institutos equiparados (BASTOS, 2011, p.823), ao menos até o julgamento cautelar da ADI n.º 491, Rel. Min. Moreira Alves, j. 13/06/1991. Contudo, há substancial motivo à diferenciação. A interpretação conforme não desafia o procedimento previsto no art. 97 da Constituição Federal (e Súmula de efeitos vinculantes n.º 10), pois, na hipótese, não há declaração de inconstitucionalidade da lei. É técnica de interpretação. Diz Gilmar Ferreira Mendes (1996, p.275) que na interpretação conforme o Tribunal não declara (e nem poderia fazê-lo) a inconstitucionalidade de todas as possíveis interpretações do texto normativo. Todavia, quando diante da declaração de nulidade parcial sem redução do texto, há declaração de inconstitucionalidade de determinadas hipóteses de incidência, ou seja, algumas delas são excluídas do programa normativo, perspectiva que enseja observação à reserva de plenário.

Feitas essas considerações, é preciso lembrar que a tese encara dois diferentes problemas: o primeiro diz respeito à aplicação direta dos princípios constitucionais, independentemente de mediação legislativa; o segundo enfrenta a questão do déficit de concretização infraconstitucional, oportunidade em que o princípio constitucional recebe incompleta densificação. Ainda, nesse panorama, foram destacadas duas questões relativas ao manejo dos princípios constitucionais, ou seja, a não contemplação de específico suporte fático e o eventual equívoco quanto aos efeitos ou às consequências do princípio constitucional invocado (colisão intraprincípios e colisão entre princípios colidentes), hipóteses que desafiam investigação sobre as mais adequadas técnicas de decisão.

A primeira perspectiva, absoluta ausência de intermediação legislativa, autoriza a seguinte conformação. O juiz diretamente concretiza o princípio constitucional e faz com que incida sobre específico suporte fático. Então, em discussão está se a situação fática por ele considerada encontra ou não receptividade no princípio constitucional. Em caso negativo, é possível dizer, o tribunal reconhece a inconstitucionalidade dessa incidência, mas não desautoriza que outras sejam ventiladas, situação que em muito se aproxima da declaração parcial de nulidade sem redução do texto. Aliás, não se pode mesmo falar em redução de texto, pois na

hipóteses de sua *aplicação*, isto é, situações que podem compor a *premissa menor* do silogismo jurídico. Na medida em que o dispositivo se aplica a algumas hipóteses, temos inconstitucionalidade. Nas demais hipóteses não há problema."

medida em que o juiz trabalha diretamente o comando constitucional, essa investida não apenas implicaria polêmico controle de constitucionalidade de normas constitucionais, como também se mostraria incompatível com a natureza dos princípios constitucionais (comandos *prima facie* ou mandamentos de otimização). Ao contrário, caso entenda que a situação vislumbrada guarda convergência com a Constituição Federal, o tribunal nada mais faz que legitimá-la, leitura que deverá servir como paradigma na solução de casos semelhantes (precedentes obrigatórios). Ainda, quando induvidosa a incidência sobre determinado suporte fático, dúvidas poderão surgir sobre as consequências atribuídas ao princípio ou princípios constitucionais aplicados, ou seja, sobre a extensão maior ou menor dos efeitos dessas normas quando diante do específico caso, hipóteses, então, que recomendam o uso da interpretação conforme no intuito de preservar eventuais hipóteses de hipertrofia do princípio constitucional concorrente ou mesmo de uma das esferas sociais envolvidas na colisão intraprincípios (item 3.1.2).

A segunda vertente, déficit de concretização legislativa, autoriza semelhante abordagem. O juiz detecta que a lei infraconstitucional não abarcou determinada situação e, por isso, faz incidir diretamente o princípio constitucional. Desse modo, se o tribunal entender por inconstitucional essa incidência, estaremos diante de situação que se aproxima à declaração parcial de nulidade sem redução do texto, enquadramento, ademais, que resta melhor evidenciado quando o juiz extrai a interpretação da própria legislação ordinária (interpretação extensiva), oportunidade, então, em que a Corte poderá reduzir o alcance da norma infraconstitucional (redução teleológica). Já em caso de leitura convergente com a Constituição, como em relação às consequências atribuídas aos princípios constitucionais, o raciocínio não difere daquele desenvolvido linhas atrás.

Essas técnicas, embora compatíveis com o controle concreto e difuso de constitucionalidade, porque localizadas na fundamentação da sentença ou do acórdão, isto é, porque não constituem o objeto principal do processo, quase sempre não são percebidas. Significa dizer, na medida em que os tribunais examinam não apenas a constitucionalidade, mas também decidem o pedido principal, ficam essas

técnicas acobertadas.²³⁷ Todavia, se a questão não suscita grandes discussões em primeiro grau de jurisdição, em sede recursal, notadamente por conta da reserva de plenário, passa a ser importante essa visualização e a subsequente distinção. É que, nas hipóteses de declaração parcial de nulidade sem redução de texto²³⁸, foi dito, a Corte declara a inconstitucionalidade de específica interpretação; situação que necessariamente desafia atendimento ao disposto no art. 97 da Constituição Federal e Súmula de efeitos vinculantes n.º 10/STF.²³⁹

3.2.3 Ainda sobre do controle concreto e difuso de constitucionalidade

A tese estampa algumas premissas: (i) os princípios constitucionais são normas jurídicas e admitem aplicação independentemente de mediação legislativa; (ii) os princípios constitucionais podem ser invocados quando de eventual déficit de concretização das regras jurídicas; e (iii) essas constatações sugerem uma intensificação

²³⁷ As instâncias judiciárias brasileiras, inclusive o Supremo Tribunal Federal, não se limitam à cassação do julgado impugnado, mas, de regra, aplicam a interpretação jurídica considerada correta, com a substituição, nos termos do art. 512 do CPC, da anterior decisão (DINAMARCO, 2001a, p.784). Aliás, um bom exemplo dessa assertiva pode ser extraído da Súmula 456/STF, verbete assim redigido: “O Supremo Tribunal Federal, conhecendo do recurso extraordinário, julgará a causa aplicando o direito à espécie”.

²³⁸ Não obstante a reserva de plenário tenha por fundamento a presunção de constitucionalidade da lei, na hipótese, ela se recomenda por força de uma possível restrição a direito fundamental patrocinada pela interpretação judicial.

²³⁹ Em resumo, não obstante a previsão estampada nos Regimentos Internos dos Tribunais, o diploma processual estabelece o seguinte procedimento para o controle concreto e difuso de constitucionalidade no âmbito dos colegiados: (i) arguida a inconstitucionalidade, o relator, ouvido o Ministério Público, submete a questão constitucional à turma ou câmara (CPC, art. 480); (ii) se a alegação for rejeitada, a turma ou câmara prossegue no julgamento (CPC, art. 481, *caput*); (iii) se a alegação for acolhida, submete-se a questão constitucional ao tribunal pleno ou órgão especial (CPC, art. 481, *caput*); (iv) apreciada a questão constitucional, o tema é devolvido à turma ou câmara, que necessariamente seguirá o posicionamento do tribunal pleno ou órgão especial; (v) serão ouvidos, nesse incidente, o Ministério Público (CPC, art. 481, § 1.º) e as pessoas jurídicas de direito público responsáveis pela edição do ato questionado (CPC, art. 481, § 1.º); (vi) o relator, considerando a relevância da matéria e a representatividade dos postulantes, por despacho irrecorrível, pode admitir a manifestação do *amicus curiae* (CPC, art. 481, § 3.º); (vii) os legitimados para a inauguração do processo concentrado, querendo, poderão manifestar-se por escrito; (viii) da decisão que julga o incidente não cabe recurso, exceção feita aos embargos declaratórios, preservando-se eventual impugnação da matéria constitucional para quando do julgamento realizado pela turma ou câmara (Súmula 513/STF).

da atividade judicial, revelando-se importante o controle da densidade a eles atribuída pelos órgãos judiciários.

Em palavras diferentes, quando há lei ou ato normativo, para além do controle concreto de constitucionalidade, coloca-se também o abstrato, hipótese última que inaugura um processo objetivo e que não serve à tutela subjetiva de direitos (suficiente, aqui, pensar na legitimidade exigida à propositura da ADI e da ADC). Sendo assim, muito embora se reconheça uma crescente e destacada ênfase à fiscalização abstrata, notadamente pela ampliação da legitimidade ativa à propositura dessas ações (antes, exclusivamente o Procurador-Geral da República, hoje todos os entes e órgãos catalogados no art. 103 da CF), à evidência, essa constatação não fulmina com o controle concreto de constitucionalidade de leis ou atos normativos.

De outro lado, se o problema reside na falta de legislação densificadora, é preciso investigar a natureza dessa omissão. Há omissões que não interferem na invocação imediata dos preceitos constitucionais e, para tanto, suficiente lembrar dos direitos e garantias fundamentais, conforme art. 5.º, § 1.º, da Constituição Federal (STF, Ext 986, Rel. Min. Eros Grau, j. 15.08.2007). Aqui não há espaço para a ADC (ela pressupõe uma ação e não uma inação legislativa), ao passo que a ADI por omissão, em tese possível, já que o legislador é o primeiro destinatário dos direitos fundamentais, reivindica uma específica legitimação. Ora, não se admite a propositura de uma ação direta de inconstitucionalidade por omissão pelo cidadão, sem dizer que, no particular, a ele ainda faltaria o exigido interesse processual, uma vez que o comando sentencial dali emergente não ensejaria tutela adequada à sua pretensão de direito material (art. 103, § 2.º, da CF).

Em relação às omissões relevantes, aptas a obstaculizar a efetivação do princípio constitucional, duas alternativas se colocam. Ao lado da ADI por omissão, apresenta-se o mandado de injunção. Quanto à primeira, os mesmos óbices são levantados (não serve à tutela dos direitos subjetivos e a legitimidade é conferida exclusivamente aos órgãos e entes catalogados no art. 103 da CF) e, quanto ao mandado de injunção, menos pela controvertida abrangência e competência, e muito mais pelas vacilações doutrinárias e jurisprudenciais que sempre o acompanharam, é fato que esse instrumento ainda não pode ser encarado como um mecanismo eficiente de controle da omissão legislativa. Luís Roberto Barroso (2001, p.270), descrente da efetividade desse instrumento, mas convencido da necessária efetivação

dos direitos subjetivos, assevera que o mandado de injunção "tornou-se uma complexidade desnecessária", na medida em que mais célere e prática se afigura a atribuição deferida ao juiz natural. Em perspectiva diversa, a omissão inviabilizadora do comando constitucional, em especial por força da normatividade atribuída à Constituição, não mais depende exclusivamente dos instrumentos inicialmente vislumbrados (ADI por omissão e mandado de injunção)²⁴⁰, mas, ao contrário, ela é colmatada no âmbito das demandas individuais ou coletivas²⁴¹. Então, dada a instalação dessa problemática nas vias ordinárias, por vezes até mesmo por sugestão da Suprema Corte (STF, MI 562, Rel. Min. Ellen Gracie, j. de 20.06.2003), parece igualmente razoável que se intensifique o controle sobre a constitucionalidade dessas decisões.

Enfim, o controle de constitucionalidade das decisões judiciais se coloca por conta da inexigibilidade de lei regulamentadora ou mesmo pela timidez dos instrumentos disponibilizados à superação das omissões legislativas; constatações que levam os juízes de primeiro grau a cada vez mais densificar os princípios constitucionais em abono à determinada pretensão de direito material.²⁴² Sendo assim, porque resta pulverizada a interpretação constitucional, são reivindicados instrumentos que possam ao menos mitigar a absoluta confusão no trato dessa espécie normativa, oportunizando, desse modo, uma maior previsibilidade na aplicação *per saltum* desses preceitos.

3.3 A RESPOSTA DEFINITIVA E A MELHOR RESPOSTA: NOÇÕES INTRODUTÓRIAS

²⁴⁰ Há também espaço para o mandado de injunção coletivo (cf. BARROSO, 2011b, p.156-157; MARINONI, 2012, p.1077-1078).

²⁴¹ A ordem jurídica brasileira conta com um estruturado sistema de proteção dos direitos transindividuais, sistema que igualmente contempla a proteção dos direitos individuais marcados pela homogeneidade (ARENHART; MARINONI, 2001, p.752). Os direitos individuais homogêneos, ao lado dos direitos difusos e coletivos *stricto sensu*, operam um subsistema processual específico, um microssistema que revela substanciais diferenças em relação ao processo civil individual, sendo, prioritariamente, formado pela Lei n.º 7.347/85 (Lei da Ação Civil Pública) e Lei n.º 8.078/90 (Código de Defesa do Consumidor), diplomas, aliás, que se interagem mutuamente (GRINOVER, 2007, p.11).

²⁴² Não há óbice para que o controle de constitucionalidade surja no curso do processo; que o objeto do controle de constitucionalidade seja a decisão judicial propriamente dita. Basta pensar que a arguição de inconstitucionalidade de lei ou ato normativo pode se dar em qualquer oportunidade (BARBOSA MOREIRA, 2003, p.37), recaindo sobre a lei ou ato normativo que alicerça a decisão de 1.º grau.

A doutrina distingue entre inconstitucionalidade formal e inconstitucionalidade material. A primeira decorre da incompetência do órgão que produziu a lei ou ato normativo (inconstitucionalidade orgânica) ou da não observância do procedimento estabelecido pela Constituição. A segunda diz respeito ao conteúdo da lei ou ato normativo impugnado, de modo que qualquer dos comandos constitucionais, regras ou princípios, servem de parâmetro de controle (CLÈVE, 2000, p.39-48).

Uma primeira aproximação: em discussão está a aplicação direta dos princípios constitucionais pelo juiz, ou seja, a quem originalmente incumbia o controle do ato de criação normativa, incumbe, agora, também a produção da norma aplicável. Essa atividade é autorizada (item 2.1.4), de modo que não há espaço para se falar em inconstitucionalidade formal. O juiz resolve a situação litigiosa, tarefa que não afasta do Judiciário o dever de também controlá-la, decorrendo daí uma inequívoca sobreposição. O Judiciário controla não apenas os atos provenientes dos demais poderes, mas, por igual, os atos por ele produzidos²⁴³, controle que *"sólo puede ser confiado a (otros) jueces (superiores) y, en particular, en última instancia, a una corte suprema con la tarea de asegurar la uniforme interpretación y aplicación de las leyes."* (GUASTINI, 2010, p.143). Desse modo, seja no tocante à receptividade ou não de determinado suporte fático, seja em relação aos efeitos jurídicos deles decorrentes, o controle de constitucionalidade das decisões judiciais só pode ser encarado como material.

Uma segunda aproximação: o sistema brasileiro, não obstante as duas modalidades de controle de constitucionalidade (concreto e abstrato), atribuiu a definitiva interpretação da Constituição ao Supremo Tribunal Federal (CF, art. 102, *caput*). Na jurisdição constitucional abstrata essa tarefa é originária, ao passo que na jurisdição constitucional difusa ela poderá ser alcançada pelo recurso extraordinário (CF, art. 102, inciso III). Alternativamente, o acesso ao Supremo Tribunal Federal ainda poderá ser descortinado pela releitura da arguição de descumprimento de

²⁴³ Aqui merece atenção as ponderações de Carlos Ari Sundfeld (2011, p.296): "O Judiciário tem, claro, seu papel no controle das falhas e omissões das autoridades legislativas e administrativas, mas ele não é o Legislativo nem a administração e não pode substituí-los em tudo. [...]. E qual deve ser o papel do Judiciário na ordem jurídica contemporânea? Quais os termos e limites de suas competências? É fascinante: a Constituição e as leis o dizem com regras, mas sobretudo com princípios! É perturbador: cabe ao próprio Judiciário, interpretando esses textos, a autodefinição e a autolimitação!"

preceito fundamental, notadamente pelo restabelecimento da legitimidade ativa *ad causam* conferida aos litigantes, de modo que ambos os institutos possam servir de instrumento à obtenção da resposta definitiva.

Uma terceira aproximação: o conteúdo da decisão judicial é submetido à análise do Supremo Tribunal Federal, mas isso não significa que a resposta (por ele) atribuída seja a única correta. Daí a indagação: se não há garantia da resposta correta, quais as vantagens da submissão da questão constitucional ao Supremo Tribunal Federal ou, em palavras diferentes, qual a razão para se buscar a resposta definitiva? O tema ainda desafia desenvolvimento mais completo, mas, desde logo, é possível estabelecer a seguinte conclusão: no controle material de constitucionalidade de lei ou ato normativo também não se pode concluir que a resposta atribuída pelo STF seja a única correta, mas o amadurecimento do debate, especialmente pela contribuição especializada da Corte, pode colaborar na produção da melhor resposta.

Uma quarta aproximação: a apreciação definitiva da questão pelo Supremo Tribunal Federal favorece a solução de casos semelhantes ou equiparados, perspectiva importante na manutenção da dignidade dos princípios constitucionais (previsibilidade e estabilidade), isso porque, diante do mesmo suporte fático e baseado num mesmo princípio constitucional, não é crível que o Judiciário apresente soluções divergentes. A decisão proferida na arguição de descumprimento de preceito fundamental já autoriza vinculação, ao passo que o recurso extraordinário reivindica o acompanhamento de um cauteloso sistema de precedentes obrigatórios.

Uma síntese parcial: as decisões judiciais que aplicam diretamente os princípios constitucionais estão sujeitas ao controle de constitucionalidade, especificamente ao controle material de constitucionalidade; a resposta definitiva poderá ser alcançada por meio do recurso extraordinário ou quiçá pela arguição de descumprimento de preceito fundamental; alcançada a resposta definitiva (e propiciada a melhor resposta), a decisão do Supremo Tribunal Federal passa a servir de referência para os demais órgãos do Judiciário, evitando, com isso, que os desacordos sociais sejam perpetuados na esfera judicial. Com isso, guardadas as devidas cautelas no trato dos precedentes e as peculiaridades dos instrumentos invocados (recurso extraordinário e arguição de descumprimento de preceito fundamental), é possível cogitar de uma mais intensa previsibilidade no trato dessa espécie normativa.

3.3.1 O Supremo Tribunal Federal e a resposta definitiva

Na jurisdição constitucional concreta e difusa, porque é dado a qualquer juiz ou tribunal ordinário conhecer da inconstitucionalidade de lei ou ato normativo, a dispersão de entendimentos é realidade, caracterizando-se como uma de suas desvantagens. Sendo assim, é fundamental que a resposta definitiva seja confiada a um específico órgão, incumbência que o ordenamento jurídico brasileiro reservou ao Supremo Tribunal Federal (CF, art. 102, *caput*). Aliás, essa confiança foi intensificada pela concomitante previsão da jurisdição constitucional abstrata, de modo que o Supremo Tribunal Federal funciona como Tribunal Constitucional (fiscalização abstrata) e também poderá funcionar como órgão de revisão de última instância (fiscalização difusa).²⁴⁴ Explica Alfredo Buzaid (1968, p.54):

O Supremo Tribunal Federal tem, no Brasil, caráter híbrido. Assemelha-se ao Tribunal de Revisão da Alemanha, ao julgar, mediante recurso extraordinário, as causas decididas em única ou última instância por outros tribunais ou juízes, nos casos previstos no artigo 114, III, letras 'a', 'b', 'c' e 'd'. Exerce a função de Tribunal de instância superior, ao julgar mandado de segurança e habeas corpus decididos em única ou última instância pelos tribunais locais ou federais, quando denegatória a sentença (Const. do Brasil, art. 114, II, 'a'); [...]. Assume a índole de Corte Constitucional, ao julgar a ação proposta pelo Procurador Geral da República, tendo por objeto a declaração principal de inconstitucionalidade de lei ou de ato normativo federal ou estadual (Const. do Brasil, art. 114, I, 'i').²⁴⁵

A palavra definitiva em matéria constitucional (NERY JR., 2010, p.45), assim como a uniformização da interpretação constitucional é de atribuição exclusiva do Supremo Tribunal Federal, características que fazem dessa Corte a mais indicada para o exercício do controle de constitucionalidade, pois, desse modo, poderá efetivamente contribuir para a unidade da ordem jurídica constitucional. No Estado constitucional, à

²⁴⁴ Luís Afonso Heck (2012, p.23-24) destaca que a jurisdição constitucional pode ser encarada em dois sentidos: formal e material. No primeiro, a jurisdição constitucional é definida a partir do órgão que a exerce. No segundo sentido, a jurisdição constitucional é compreendida a partir do procedimento judiciário que conduz ao controle de constitucionalidade. Ainda: Zavascki (2001, p.14).

²⁴⁵ Apenas para lembrança, na Constituição atual os artigos mencionados são os seguintes: art. 102, inc. III, letras "a", "b", "c" e "d"; artigo 102, inc. II, letra "a"; e art. 102, inc. I, letra "a", respectivamente.

Constituição compete um papel unificador do direito e, ao STF, a tarefa de contribuir para a unidade do direito, "estabilizando-o e desenvolvendo-o unitariamente no seu cotidiano" (MARINONI; MITIDIERO, 2007, p.15). O legislador constituinte, pela via do recurso extraordinário (CF, art. 102, inc. III), atribuiu-lhe a revisão definitiva do controle exercido pelos juízes e tribunais ordinários e, mediante a provocação de um dos colegitimados, conferiu-lhe a originária competência na proteção da Constituição.

Nesse contexto, dois aspectos merecem destaque: (i) desde que a questão constitucional tenha repercussão geral e o recurso extraordinário atenda aos demais requisitos de admissibilidade, o recorrente²⁴⁶ terá a sua tese discutida e examinada pelo Supremo Tribunal Federal (BARBOSA MOREIRA, 2003, p.578; THEODORO JR., 2002, p.554), sendo por isso considerado um recurso excepcional (MANCUSO, 2010, p.189); e (ii) a guarda definitiva da Constituição foi deferida ao Supremo Tribunal Federal, Corte especializada no controle de constitucionalidade e cuja missão está voltada à uniformização da interpretação constitucional (MENDES, 1996, p.20), conferindo unidade para o sistema. Daí uma importante inquietação: dados os contornos do recurso extraordinário; diante da clara percepção de que nem todas as matérias de índole constitucional serão enfrentadas pelo Supremo Tribunal Federal²⁴⁷, como se falar em controle de constitucionalidade das decisões judiciais

²⁴⁶ Explica Piero Calamandrei (1945, p.149): *"Podemos, por tanto, concluir que el litigante, el cual no tiene, como tiene el Estado, un interés primário en la exacta interpretación del derecho objetivo por parte del juez, puede tener, sin embargo, un interés secundário en la misma, puesto que la exacta interpretación de la norma abstracta, que en si misma no representa para el particular un bien final, puede, sin embargo, constituir para él un bien instrumental para la obtención de una sentencia favorable en la parte dispositiva. [...], el Estado ha considerado conveniente aprovechar la iniciativa privada poniéndola al servicio de la utilidad colectiva, y obtener ventaja de la tendencia que los particulares tienen a tutelar el interes próprio"*.

²⁴⁷ Idêntica preocupação alcança a arguição de descumprimento de preceito fundamental, na medida em que o enfrentamento da questão pelo Supremo Tribunal Federal, nos termos do projeto de Lei n.º 6.543/05, se convertido em lei, terá como pressuposto a demonstração da repercussão geral (art. 102, § 3.º, da Constituição Federal). Aliás, no âmbito do STF o Min. Gilmar Ferreira Mendes já sustenta a existência de uma relevância implícita na arguição de descumprimento de preceito fundamental (ADPF/PA n.º 33, j. 07/12/2005; e ADPF/DF n.º 76, j. 13/02/2006). O recurso constitucional alemão, certamente uma das inspirações da arguição de descumprimento de preceito fundamental, também exige a apontada relevância. Diz Konrad Hesse (1998, p.273): "De significado especial é o § 93a da Lei sobre o Tribunal Constitucional Federal, segundo o qual o recurso constitucional carece de aceitação para a decisão. Dessa forma, deve ser reagido contra a sobrecarga crescente do Tribunal Constitucional Federal por recursos constitucionais. O recurso constitucional deve ser aceito na medida em que lhe cabe significado jurídico-constitucional fundamental ou se há indicação para a realização dos direitos mencionados no § 90, alínea 1, da Lei sobre o Tribunal Constitucional Federal".

nas hipóteses de aplicação direta dos princípios constitucionais? O tema será retomado, mas, desde logo, é possível afirmar que o enfrentamento da questão depende de uma filtragem positiva da repercussão geral e, por conseguinte, da aferição acerca do verdadeiro papel deferido às Cortes de superposição.

3.3.2 O recurso extraordinário como instrumento da resposta definitiva

A resposta definitiva pode ser obtida pelo recurso extraordinário, instrumento reconhecido como apto para suscitar questões constitucionais junto ao Supremo Tribunal Federal (CLÈVE, 2000, p.112).²⁴⁸ As várias Constituições da República Federativa do Brasil o contemplaram, sendo que a última ao redigir o art. 102, III, letra **a** consignou que compete ao Supremo Tribunal Federal a guarda da Constituição, cabendo-lhe julgar, mediante recurso extraordinário, as causas decididas em única ou última instância²⁴⁹, quando a decisão recorrida contrariar dispositivo da Constituição²⁵⁰, leitura que autoriza o cabimento do extraordinário em toda e qualquer forma de ofensa à Constituição, ou seja, (i) quando se deixa de aplicá-la às hipóteses que a ela devem subsumir-se; (ii) quando se aplica às hipóteses que a ela não devem subsumir-se; e, ainda, (iii) quando se interpreta de modo divergente da orientação estabelecida pelo Supremo Tribunal Federal (PINTO, 2004, p.1616).

Diz José Frederico Marques (1997, p.214) que "qualquer infringência da Constituição pelos órgãos da justiça ordinária ou das jurisdições especiais dará ensejo

²⁴⁸ O recurso extraordinário, termo utilizado inicialmente pelo RISTF (BARBOSA MOREIRA, 2003, p.575; MANCUSO, 2010, p.50), até o advento da Constituição Federal de 1988 servia tanto à defesa dos comandos constitucionais, como também da legislação infraconstitucional federal. Porém, com a criação do Superior Tribunal de Justiça, guardião da legislação infraconstitucional federal, esse instrumento restou "limitado" às questões constitucionais.

²⁴⁹ Ao contrário do recurso especial (CF, art. 105, inc. III), não se exige que a decisão seja oriunda de tribunal. Excepcionalmente, portanto, é possível o manejo de recurso extraordinário quando diante de decisão monocrática; cabível, por igual, das decisões proferidas pelas turmas recursais. A decisão não precisa ser de mérito, mas, na hipótese, de regra o extraordinário ficará retido (art. 542, § 3.º, do CPC).

²⁵⁰ Há outras hipóteses de cabimento do recurso extraordinário (CF, art. 102, III, alíneas **b**, **c** e **d**).

a que se interponha recurso extraordinário"²⁵¹, ao passo que Rodolfo de Camargo Mancuso (2010, p.216) ensina que "contrariamos a lei quando nos distanciamos da *mens legislatoris*, ou da finalidade que lhe inspirou o evento; e bem assim quando a interpretamos mal e lhe desvirtuamos o conteúdo." Enfim, o comando constitucional prevê a possibilidade de controle de qualquer modalidade ou forma de contrariedade à Constituição e aí, por óbvio, entram as decisões judiciais que aplicam diretamente os princípios constitucionais, isso porque a densidade normativa é extraída diretamente pelo juiz ou tribunal, o que naturalmente pode implicar contrariedade à Constituição.

Cuida-se de recurso excepcional, razão pela qual é importante mencionar alguns dos requisitos de admissibilidade e conjugá-los com as situações aqui trabalhadas. A admissibilidade recursal, quando positiva, leva ao conhecimento do extraordinário. Em caso negativo, o extraordinário não será conhecido. Conhecido do extraordinário, caso é de provimento ou desprovimento, mas, na hipótese de não conhecimento, incumbe à parte interpor agravo, nos termos do art. 544 do CPC (redação atribuída pela Lei n.º 12.322/10). O juízo de admissibilidade é confiado ao Supremo Tribunal Federal, muito embora provisoriamente incumba ao presidente ou vice-presidente do tribunal recorrido.²⁵²

Como se trata de recurso de fundamentação vinculada ou de estrito direito, não está autorizado o reexame da matéria fática, ou seja, a revisão do quadro fático-probatório (Súmula 279/STF)²⁵³. Contudo, na espécie, para além das consequências jurídicas extraídas dos princípios constitucionais (colisão intraprincípios e colisão entre princípios), a discussão acerca da incidência do enunciado normativo sobre o suporte fático constitui questão de direito, inteligência, aliás, já sufragada pela Corte

²⁵¹ Barbosa Moreira (2003, p.580-581) critica a técnica empregada pelo legislador constituinte – não sob a óptica da abertura conceitual – e sim porque na hipótese trazida pelo art. 102, III, letra **a**, da Constituição Federal, não se atendeu à necessária distinção entre juízo de admissibilidade e juízo de mérito. Diz o autor que a expressão "contrariar" não é axiologicamente neutra e, por isso, o plano de admissibilidade deve ficar limitado à hipotética ocorrência de contrariedade à Constituição.

²⁵² Ainda Barbosa Moreira (2003, p.263): "Em princípio, reconhece-se ao órgão perante o qual se interpõe o recurso competência para verificar-lhe a admissibilidade; nega-se-lhe competência, ao contrário – salvo quando a lei *expressis verbis* preceitue diversamente –, para examinar-lhe o mérito. [...]. Outro princípio fundamental é o de que, seja qual for o recurso, pelo menos a questão da admissibilidade não deve jamais ser subtraída à apreciação do órgão *ad quem*."

²⁵³ Sobre o tema: Calamandrei (1945, p.143).

Suprema ao admitir que a aplicação da norma (princípio ou regra) à situação por ela não alcançada é também forma de contrariá-la (STF, 1.^a Turma, AgRg no RE 191.476/SC, rel. Min. Sepúlveda Pertence, j. em 06.06.2006, DJ 30.06.2006).²⁵⁴ Sendo assim, impõe-se que os contornos fáticos da controvérsia sejam bem delineados pelas instâncias ordinárias e que expressamente constem da decisão impugnada²⁵⁵, pois, do contrário, o extraordinário não autorizará conhecimento.

O recurso extraordinário pressupõe o prévio exame da matéria constitucional pelas instâncias ordinárias, como, por igual, o esgotamento dos recursos ali previstos.²⁵⁶ Se não for assim, porque ausente o prequestionamento (Súmula 282/STF), o extraordinário também não ultrapassará o juízo de admissibilidade. De rigor, portanto, que o princípio constitucional seja exaustivamente debatido, pois insuficiente a simples suscitação ou mesmo a inauguração desse debate em sede extraordinária.

²⁵⁴ Detectada a situação fática, sabe-se que a relevância jurídica a ela atribuída já insinua uma questão de direito, intensificada, na espécie, pelas consequências jurídicas extraídas (CASTANHEIRA NEVES, 1993, p.163). Ainda Teresa Arruda Alvim Wambier (2008, p.371-372): "Não se nega que o encaixe dos fatos sob a norma seja, em si mesmo, matéria essencialmente jurídica e que, se este processo de qualificação se dá de modo equivocado, tudo o que se lhe segue equivocado será. Em outros termos, se as funções do recurso especial e do recurso extraordinário são, fundamentalmente, de flagrar e de corrigir, respectivamente, ilegalidade e inconstitucionalidades, todos os casos em que os fatos foram qualificados erradamente, tendo-se-lhes aplicado norma diferente daquela que, na verdade, deveria ser aplicada, deveriam ser reavaliadas pelos tribunais superiores no bojo desses recursos." Ainda: (STJ, 3.^a Turma, EDcl no REsp n.º 649.711-BA, rel. Min. Nancy Andrighi, j. 13.02.2007, DJ 05.03.2007, p.278).

²⁵⁵ Leciona Teresa Arruda Alvim Wambier (2008, p.373): "Quando se trata de provocar uma decisão do Poder Judiciário por meio do que *latissimo sensu* chamamos neste trabalho de remédios de estrito direito (recurso especial, extraordinário, ação rescisória – com base no art. 485, V, do CPC – uniformização de jurisprudência e embargos de divergência) a questão de direito, ou melhor, a ilegalidade ou a inconstitucionalidade consistente na solução normativa ter sido 'escolhida' equivocadamente só pode ser corrigida se *confrontarem os fatos tais quais descritos na decisão sob foco com a solução normativa que se deu àqueles fatos naquela mesma decisão*." Ainda mais precisas são as considerações de Michele Taruffo (2008, p.19-20): "*En realidad, los hechos no se incorporan en los procedimientos judiciales en su realidad empírica o material: en general ya han ocurrido y, por lo tanto, pertenecen al pasado. De modo que los hechos no pueden ser percibidos por el juez (excepto algunos elementos de prueba circunstanciales), así que tienen que ser reconstruidos por el juzgador de los hechos como base los medios de prueba disponibles. [...] Cuando hablamos de la verdad de un hecho, en realidad hablamos de la verdad de un enunciado acerca de ese hecho. [...] los enunciados fácticos son constructos lingüísticos definidos por las partes y por el juez. [...] Desde este punto de vista, la construcción de los enunciados fácticos es cuestión de elección: formular un enunciado acerca de un hecho significa elegir una descripción de ese hecho entre el número infinito de sus posibles descripciones.*"

²⁵⁶ A Constituição Federal fala em causas decididas em única ou última instância, o que pressupõe o esgotamento dos recursos previstos nas instâncias ordinárias. Hoje, inclusive, é cada vez mais comum o julgador se valer da franquia trazida pelo art. 557, *caput*, e § 1.º, do CPC. Então, antes do extraordinário, deverá o recorrente providenciar que o colegiado aprecie a matéria, via agravo interno (Súmula 281/STF).

Exige-se que as instâncias ordinárias ostensivamente enfrentem o tema constitucional, omissão que poderá ser suprida, se necessário, pelo manejo dos embargos declaratórios (art. 535, inc. II, do CPC), conforme Súmula 356/STF. Dito de outro modo, embora recomendável, a decisão recorrida não precisa mencionar o dispositivo violado, sendo suficiente que a questão constitucional reste devidamente analisada no âmbito da impugnada decisão (MEDINA, 2005, p.268).

O Supremo Tribunal Federal exige que o recorrente indique não só o dispositivo tido por violado, mas também aclare de que modo ocorreu essa vulneração, deficiência que enseja a incidência da Súmula 284/STF (STF, Ag. Reg. no AI 730.384-6-RJ, Rel. Min. Ricardo Lewandowski, j. 03/03/2009; STF, Ag. Reg. no AI 705.593-8-SP, Rel. Min. Carmén Lúcia, j. 16/12/2008; STF, Ag. Reg. no AI 713.692-1-MG, Rel. Min. Cezar Peluso, j. 30/09/2008). Assim sendo, na peça recursal o recorrente expressamente deverá mencionar qual o dispositivo que recepciona o princípio constitucional (explícito) ou, tratando-se de princípio constitucional implícito, antes, é de fundamental importância a sua revelação (item 2.1.1).

O extraordinário pressupõe violência frontal à Constituição (STF, AI/AgR 728.091-7/SP, Rel. Min. Eros Grau, j. 09.12.2008; AI/AgR 640.480-3/RJ, Rel. Min. Celso de Mello, j. 11.12.2007). Se assim é, quando se fala em violência reflexa, oblíqua ou indireta à Constituição, quer-se dizer que a decisão impugnada malferiu também dispositivo previsto na legislação ordinária, decorrendo daí hipótese de dupla vulneração. A um só tempo, a decisão guerreada afrontou normativos constitucionais e infraconstitucionais, razão pela qual a Constituição foi indiretamente ofendida. Então, antes do exame acerca da compatibilidade entre a decisão hostilizada e a Constituição, coloca-se a análise da decisão judicial em face da legislação ordinária, o que afasta o cabimento do recurso extraordinário.²⁵⁷ Pois bem, quando o julgador aplica diretamente o princípio constitucional há nessa atividade imediação e, por isso, eventual ofensa à Constituição só pode ser frontal ou direta. O juiz retira a interpretação exclusivamente da Constituição Federal, pois ausente a mediação legislativa, e com isso atribui ao princípio uma maior ou menor elasticidade. Dúvidas,

²⁵⁷ A Súmula 636 do Supremo Tribunal Federal bem representa essa problemática. Eis a literal redação: "Não cabe recurso extraordinário por contrariedade ao princípio constitucional da legalidade, quando a sua verificação pressuponha rever a interpretação dada a normas infraconstitucionais pela decisão recorrida."

no entanto, poderão surgir quando do déficit de concretização da lei ordinária, isso porque legislação infraconstitucional existe e o exame da constitucionalidade sugere a sua prévia análise. Daí a necessidade de outros esclarecimentos:

A lei ordinária está sujeita ao controle de constitucionalidade tanto pela via concreta e difusa (CF, art. 102, III, letra **b**) como por meio da jurisdição constitucional abstrata e concentrada (CF, art. 102, inciso I, letra **a**), o que implica dizer que esse controle busca aferir a compatibilidade da legislação ou de parte dela com a Constituição. Sendo assim, ao se imputar a inconstitucionalidade de determinado preceito legal, os órgãos do Judiciário se debruçam sobre ele e emitem os seus pronunciamentos sobre a presença ou não da suscitada incompatibilidade. A legislação impugnada é, portanto, examinada. Mais explicitamente: o foco da discussão reside na inconstitucionalidade da legislação ou de parte dela, o que se dá como tema principal (jurisdição constitucional abstrata) ou como prejudicial de específico processo (jurisdição constitucional concreta). A situação aqui sugere tratamento diferente (trata-se de déficit de concretização da legislação ordinária), isto é, não se imputa uma vulneração da lei à Constituição e nem mesmo uma violação concomitante da legislação ordinária e da Constituição, mas, ao contrário, o fundamento está na tímida concretização do comando constitucional pela lei ordinária e, por conseguinte, é preciso aferir se a ampliação chancelada pelo juiz guarda convergência com os ditames constitucionais.²⁵⁸ Em verdade, essa situação guarda similitude com a absoluta falta de concretização do princípio constitucional por lei de hierarquia menor²⁵⁹, isso porque em ambas as situações a atividade criativa do Judiciário está

²⁵⁸ Em relação à violação do princípio fundamental ao processo justo discorrem Daniel Mitidiero e Luiz Guilherme Marinoni: "Quando o exame da violação do direito ao processo justo depende de *simples interpretação* da legislação infraconstitucional que o concretiza, há apenas *ofensa indireta*. Isso não quer dizer, contudo, que o STF não possa *controlar* mediante recurso extraordinário a *suficiência* ou a *excessividade da proteção* despendida pelo legislador infraconstitucional na densificação do princípio do direito ao processo justo. Nesse caso não há simples interpretação de normas infraconstitucionais. Há controle de adequada densificação do direito ao processo justo. Quando a parte afirma a existência de *proteção insuficiente ou excessiva da legislação* diante da Constituição, sustenta a existência de *ofensa direta* à normatividade do direito ao processo justo, desencadeando a possibilidade de controle de constitucionalidade da legislação infraconstitucional, o que autoriza a interposição e o conhecimento de recurso extraordinário" (SARLET; MARINONI; MITIDIERO, 2012, p.619).

²⁵⁹ Ainda Daniel Mitidiero e Luiz Guilherme Marinoni: "O mesmo se diga quando se afirma a violação do direito ao processo justo pela ausência de norma infraconstitucional que o concretize. Nesse sentido, há igualmente *ofensa direta* e cabe recurso extraordinário" (SARLET; MARINONI; MITIDIERO, 2012, p.619).

em discussão, seja ao atribuir completa densificação ao comando constitucional, seja ao contemplar hipótese não vislumbrada pelo legislador ordinário.²⁶⁰

Por fim, os recursos interpostos para as superiores instâncias exigem que todos os fundamentos em que estão alicerçados o *decisum* sejam impugnados (Súmula 283/STF), de modo que a falta de impugnação específica também leva ao não conhecimento do extraordinário. Ademais, é relevante ainda acrescentar que, na hipótese de a decisão trabalhar fundamentos constitucionais e infraconstitucionais, é impositiva a concomitante interposição dos recursos extraordinário e especial (Súmula 126/STJ).

3.3.3 Arguição de descumprimento de preceito fundamental como instrumento da resposta definitiva

A arguição de descumprimento de preceito fundamental está prevista no art. 102, § 1.º, da Constituição Federal²⁶¹, ao passo que a sua regulamentação é objeto da Lei n.º 9.882/99.²⁶² A finalidade da arguição de descumprimento de

²⁶⁰ No particular, revela-se importante a advertência de Luís Roberto Barroso (2011b, p.130-131), ao anotar que "em tempos de constitucionalização do direito, não parece adequado simplesmente barrar o acesso à jurisdição constitucional sempre que exista lei disciplinando determinada matéria. A irradiação dos valores constitucionais pelos diversos ramos do ordenamento jurídico tende a ocorrer primordialmente através da interpretação da legislação ordinária à luz da Constituição, potencializada pela crescente utilização de cláusulas gerais e conceitos jurídicos indeterminados. Confinar o objeto do recurso extraordinário às chamadas ofensas diretas significa para o STF abdicar aprioristicamente do controle de questões relevantes e que se conservam eminentemente constitucionais a despeito da intermediação legislativa." No mesmo sentido: Wambier (2008, p.268).

²⁶¹ Originariamente, art. 102, parágrafo único, da CF (alteração decorrente da EC n.º 3/93).

²⁶² A redação definitiva da legislação é resultado do substitutivo apresentado pelo Deputado Prisco Viana ao Projeto de Lei n.º 2.872/97, de autoria da Deputada Sandra Starling, substitutivo, aliás, que muito se aproxima do anteprojeto elaborado pela Comissão de Juristas formada no âmbito do Ministério da Justiça (Portaria n.º 572/97) e composta pelos Professores Celso Ribeiro Bastos, Arnoldo Wald, Ives Gandra da Silva Martins, Oscar Dias Corrêa e Gilmar Ferreira Mendes (MENDES, G. F., 2011, p.20-24). A constitucionalidade da legislação é discutida na ADI n.º 2231-DF, *actio* movida pelo Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil, mas que ainda depende de julgamento definitivo. A liminar foi apreciada em 05/12/2001 pelo Min. Néri da Silveira, conforme informativo 253/STF. O relator, na oportunidade, conferiu interpretação conforme ao art. 1.º, parágrafo único, da Lei n.º 9.882/99 "a fim de excluir de sua aplicação controvérsias constitucionais concretamente já postas em juízo", suspendendo-se, por igual, o art. 5.º, § 3.º, da

preceito fundamental pode ser visualizada sob dois principais aspectos: (i) como mecanismo voltado à tutela de uma específica categoria constitucional (preceitos fundamentais); e ainda (ii) como instrumento dirigido ao aperfeiçoamento do controle abstrato de constitucionalidade. No primeiro aspecto, pode-se dizer que a Constituição incorpora valores que informam todo o ordenamento jurídico, razão pela qual reivindicam especial fórmula protetiva (TAVARES, 2001, p.40). Já no segundo aspecto, dada à existência simultânea da fiscalização concreta, descortina-se a arguição de descumprimento de preceito fundamental como apta à ampliação do controle abstrato de constitucionalidade (MENDES; COELHO; BRANCO, 2010, p.1305), perspectiva que confirma a tendência do direito brasileiro em relação a última modalidade de controle.²⁶³ Aqui, porém, porque a incidência dos princípios constitucionais revitalizou a fiscalização concreta da constitucionalidade, uma das teses levantadas no trabalho, deseja-se conceber a arguição de descumprimento de preceito fundamental também como instrumento desta específica modalidade, à semelhança do recurso constitucional alemão (*Verfassungsbeschwerde*), vertente, aliás, inicialmente imaginada para a arguição de descumprimento de preceito fundamental (SILVA, 2001, p.561-562).²⁶⁴

Em outras palavras, a partir do momento em que se cogita da revitalização do controle concreto e difuso de constitucionalidade por meio da incidência direta dos princípios constitucionais, não se duvida que o estudo da arguição de

invocada legislação. Em relação aos arts. 10, § 3.º, e 11 da lei, a liminar foi indeferida. Entendeu o relator (i) "que o efeito vinculante não tem natureza constitucional, podendo o legislador ordinário disciplinar a eficácia das decisões judiciais"; e (ii) por considerar que, cuidando-se de processo de natureza objetiva, não há norma constitucional que impeça o manipulação dos efeitos da decisão pelo STF.

²⁶³ A referida amplitude diz respeito ao objeto da ADPF, e não quanto ao parâmetro constitucional, na medida em que o instituto está limitado aos preceitos fundamentais. Nesse contexto, suficiente a lembrança de que a arguição de descumprimento de preceito fundamental autoriza que sejam objeto do controle abstrato de constitucionalidade as leis ou atos normativos municipais, bem como as leis ou atos normativos anteriores à Constituição (BARROSO, 2011b, p.325-328; MENDES, G. F., 2011, p.124 e 130; SARMENTO, 2001, p.93-95). Em sentido contrário: Moraes (2008, p.784-785); Silva (2010, p.331-333).

²⁶⁴ Constou do voto elaborado pelo Deputado Prisco Viana o seguinte: "Uma terceira observação se impõe, porque entendo que o Projeto (de autoria da Deputada Sandra Starling) não deve restringir o campo de abrangência do preceito constitucional aos atos resultantes de interpretação regimental no âmbito das Casas congressuais, relacionada à elaboração legislativa. Na realidade, o instituto constitucional da arguição de descumprimento de preceito fundamental deve alcançar quaisquer atos do Poder Público, e sob essa dimensão e ótica dilatadas deve ser disciplinado, em benefício

descumprimento de preceito fundamental em muito pode contribuir para conter a dispersão dos julgados. Ora, a arguição de descumprimento de preceito fundamental não apenas é compatível com a noção de princípios constitucionais fundamentais, explícitos ou implícitos, como pode auxiliar na previbilidade das decisões judiciais que interpretam diretamente esses preceitos. Eis o contido no art. 10, *caput*, e § 3.º, da Lei n.º 9.882/99: "Julgada a ação, far-se-á comunicação às autoridades ou órgãos responsáveis pela prática dos atos questionados, fixando-se as condições e modo de interpretação e aplicação do preceito fundamental. [...]. § 3.º A decisão terá eficácia contra todos e efeito vinculante relativamente aos demais órgãos do Poder Público."

A Constituição é uma conjugação de princípios e regras jurídicas, de modo que os preceitos (terminologia utilizada na ADPF) são verbalizados por uma dessas categorias normativas. Diz André Ramos Tavares (2001, p.117): "Parece, pois, que 'preceito' engloba tanto as regras quanto os princípios. Assim, torna-se sinônimo de 'norma', no sentido empregado acima, insista-se, designativo das regras e princípios jurídicos." A fundamentalidade desses preceitos sugere a existência de uma priorização entre os normativos constitucionais, sendo verdade que o legislador deixou de arrolá-los taxativamente.²⁶⁵ Valendo-se de um conceito indeterminado "a lei conferiu uma maleabilidade maior à jurisprudência, que poderá acomodar com maior facilidade mudanças no mundo dos fatos, bem como a interpretação evolutiva da constituição" (SARMENTO, 2001, p.91).

Já na dicção do art. 1.º da Lei n.º 9.882/99 poderá ser objeto da arguição de descumprimento de preceito fundamental qualquer ato do poder público²⁶⁶, normativos

da cidadania, inclusive, para atender situações outras merecedoras do mesmo amparo processual." (CLÈVE, 2000, p.459).

²⁶⁵ Na ADPF n.º 167/DF (Rel. Min. Eros Grau, j. 01/10/2009), o Min. Gilmar Ferreira Mendes literalmente afirma que a Corte tem dúvida quanto ao âmbito dos preceitos fundamentais, sendo certo, porém, que os direitos e as garantias fundamentais estão incorporados no conceito.

²⁶⁶ A leitura feita da arguição de descumprimento de preceito fundamental não se contenta com dicotomia sugerida por boa parte da doutrina, no sentido de que o art. 1.º, *caput*, é dirigido à arguição direta (autônoma), e o parágrafo único, inc. I, à arguição incidental (ou paralela). No particular, as considerações de Walter Claudius Rothenburg (2001, p.204): "Equívoco reside, entretanto, em querer relacionar as duas modalidades de arguição de descumprimento de preceito fundamental a dois dispositivos específicos da Lei n.º 9.882/99: enquanto a cabeça do art. 1.º diria respeito à arguição direta, o inciso I do parágrafo único desse artigo compreenderia a arguição incidental." No mesmo sentido: Silva (2010, p.330). Contudo, dessa leitura não se conclui

ou não normativos, razão pela qual a decisão judicial que ostensivamente descumpra preceito fundamental poderá alimentar a propositura da ADPF.²⁶⁷ Dito de outra maneira, na medida em que o descumprimento de preceito fundamental pode também decorrer de interpretação judicial, agitada a arguição e decidida a questão pelo Supremo Tribunal Federal, a interpretação produzida terá eficácia contra todos e efeito vinculante. Sendo assim, sem perder a natureza de ação, a arguição de descumprimento de preceito fundamental funcionará como um sucedâneo recursal quando da prolação da sentença ou acórdão, com restrição, apenas, às decisões transitadas em julgado (SILVA, 2010, p.335; SARLET; MARINONI, MITIDIERO, 2012, p.1148). Eis as considerações de Gilmar Ferreira Mendes (2011, p.132):

Pode ocorrer lesão a preceito fundamental fundada em simples interpretação judicial do texto constitucional. Nesses casos, a controvérsia não tem por base a legitimidade ou não de uma lei ou de um ato normativo, mas se assenta simplesmente na legitimidade ou não da uma dada interpretação constitucional. No âmbito do recurso extraordinário essa situação apresenta-se como um caso de decisão judicial que contraria diretamente a Constituição (art. 102, III, a). Não parece haver dúvida de que, diante dos termos amplos do art. 1.º da Lei n.º 9.882/99, essa hipótese poderá ser objeto de arguição de descumprimento – lesão a preceito fundamental resultante de ato do Poder Público –, até porque se cuida de uma situação trivial no âmbito do controle de constitucionalidade difuso. Assim, o ato judicial de interpretação direta de uma norma constitucional poderá conter uma violação a um preceito fundamental. Nessa hipótese caberá a propositura da arguição de descumprimento para afastar a lesão a preceito fundamental resultante desse ato judicial do Poder Público, nos termos do art. 1.º da Lei n.º 9.882/99.

O problema vislumbrado no desenvolvimento dessa feição da ADPF reside no veto apostado ao art. 2.º, inc. II, da Lei n.º 9.882/99, dispositivo que legitimava "qualquer pessoa lesada ou ameaçada por ato do Poder Público"²⁶⁸ à arguição de descumprimento

inexistir duas modalidades de arguição, mas, ao contrário, apenas se deseja afirmar que o art. 1.º da Lei n.º 9.882/99, sem distinções, aplica-se às arguições autônoma e paralela.

²⁶⁷ Diz Luiz Guilherme Marinoni: "Note-se que a mesma razão pela qual se impõe, em determinados casos, a pronta e geral eliminação do estado de incerteza quanto à constitucionalidade de norma, obriga, em outros, a eficaz revogação da decisão ou decisões judiciais para se restaurar a coerência do direito e a segurança jurídica, evitando-se que situações subjetivas similares fiquem expostas à ruptura constitucional" (SARLET; MARINONI, MITIDIERO, 2012, p.1147). Luis Afonso Heck (2012, p.144) observa que os atos do Poder Judiciário, inclusive as omissões, também são objeto do recurso constitucional alemão. Ainda: Hesse (1998, p.271-272).

²⁶⁸ As razões do veto constaram da mensagem presidencial n.º 1.807, de 3.12.1999, sendo certo que uma das preocupações residiu no aumento excessivo do número de feitos no âmbito do Supremo Tribunal Federal, sem a correlata exigência de relevância social. Textualmente: "A inexistência de

de preceito fundamental. Hoje, porque os legitimados à propositura da ação direta de inconstitucionalidade e (ou) ação declaratória de constitucionalidade (CF, art. 103) são os únicos aptos à propositura da ADPF, inclusive com as reservas atinentes à pertinência temática (DIMOULIS; LUNARDI, 2011, p.162), às partes resta disponibilizado o recurso extraordinário, mecanismo, porém, que não opera eficácia contra todos e nem efeito vinculante. Então, na perspectiva que atribuir maior utilidade à arguição de descumprimento de preceito fundamental, *de lege ferenda*, a tese caminha no sentido de propor o restabelecimento da legitimação vetada²⁶⁹, situação que a um só tempo protege o direito fundamental atingido pelo descumprimento decorrente da interpretação judicial impugnada e confere segurança jurídica pela fixação da interpretação vinculante proferida pelo Supremo Tribunal Federal²⁷⁰, dupla função que se afeiçoa ao recurso constitucional alemão (*Verfassungsbeschwerde*). Leciona Luís A. Heck (2012, p.140):

O recurso constitucional é um remédio jurídico extraordinário para a proteção e para a realização dos direitos fundamentais que somente é admissível quando a violação de direitos fundamentais censurada não pôde ser suprimida de outra forma. [...]. Ao lado dessa função subjetiva (com efeito cassatório casuístico e efeito educador geral) o recurso constitucional também tem uma função objetiva, i.e, de conservar o Direito Constitucional objetivo e de servir à sua interpretação e desenvolvimento; nessa medida, o recurso

qualquer requisito específico a ser ostentado pelo proponente da arguição e a generalidade do objeto da impugnação fazem presumir a elevação excessiva do número de feitos a reclamar apreciação pelo Supremo Tribunal Federal, sem a correlata exigência de relevância social e consistência jurídica das arguições propostas." Sobre uma eventual inconstitucionalidade da limitação da legitimidade na APDF, consultar Nery Jr. (2010, p.43). No STF é firme o entendimento de que a legitimidade ativa só alcança os legitimados catalogados no art. 103 da CF (ADPF n.º 148/SP, Rel. Min. Cezar Peluso, j. 02/12/2008); legitimação que não alcança o cidadão (ADPF n.º 226/RS, Rel. Min. Marco Aurélio, j. 09/06/2011).

²⁶⁹ Há proposta legislativa de ampliação da legitimidade ativa na propositura da arguição de descumprimento de preceito fundamental (Projeto de Lei n.º 6.543, de 2005).

²⁷⁰ Explica Elival da Silva Ramos (2010b, p.337): "A arguição incidental, por conseguinte, destina-se a evitar ou reparar lesão a preceito fundamental decorrente de ato jurisdicional, desde que ainda não transitado em julgado. Se tomarmos como referência sentenças de mérito, sob o prisma preventivo, enseja a arguição decisão do Supremo Tribunal Federal, com eficácia geral e vinculante, que fixe 'as condições e o modo de interpretação e aplicação do preceito fundamental' (art. 10, *caput*, da Lei n.º 9.882/99); ou seja, o Supremo emitirá decisão de cunho mandamental, determinando às instâncias de base que julguem as causas perante elas pendentes em consonância com a orientação dele emanada no que tange à interpretação e aplicação do preceito fundamental ameaçado de ser violado (ameaça de violação essa extraída da relevante controvérsia judicial existente – art. 3.º, V, da Lei n.º 9.882/99). Sob o prisma repressivo, a decisão em arguição incidental acarreta a cassação dos decisórios discrepantes já prolatados, sendo substituídos, no que pertence à questão constitucional, pelo acórdão do Supremo, prosseguindo-se no julgamento dos feitos pendentes, considerada a premissa a que estão vinculadas as instâncias de base."

constitucional pode ser designado, ao mesmo tempo, como um meio de proteção jurídica específico do Direito Constitucional objetivo.

Restaria, porém, a questão relativa ao caráter subsidiário da arguição de descumprimento de preceito fundamental²⁷¹, na medida em que a redação atribuída ao art. 4.º, § 1.º, da Lei n.º 9.882/99 diz não ser admissível a ADPF "quando houver qualquer outro meio eficaz de sanar a lesividade", encerrando, portanto, uma condição negativa de admissibilidade. Contudo, a sistemática recursal, especialmente a existência do recurso extraordinário, não exclui, *a priori*, a utilização da arguição de descumprimento de preceito fundamental, uma vez que não resolve a controvérsia constitucional de forma geral, definitiva e imediata (MENDES, G. F., 2011, p.184; STF, ADPF n.º 33, Rel. Min. Gilmar Mendes, j. 07/12/2005). É sugerida, portanto, uma interpretação mais aberta e construtiva da subsidiariedade, prestigiando-se a arguição de descumprimento de preceito fundamental para evitar a incerteza jurídica trazida por decisões contraditórias (BARROSO, 2011b, p.314), ou seja, quando a segurança jurídica sugerir uma intervenção imediata e antecipada do Supremo Tribunal Federal²⁷² (a decisão proferida pelo Supremo Tribunal Federal no recurso extraordinário, dada à ausência do *stare decisis*, mesmo nas hipóteses de casos repetitivos não vincula as Cortes ordinárias, ao passo que na ADPF, na hipótese de descumprimento da decisão judicial, por força da eficácia *erga omnes* e efeito vinculante, faculta-se, desde logo, o uso da reclamação).²⁷³ Ainda Elival da Silva Ramos (2010, p.337): "Em outros termos, sustentamos que a arguição incidental consiste em um instrumento

²⁷¹ A subsidiariedade que marca a arguição de descumprimento de preceito fundamental também alcança o recurso constitucional alemão. Sobre o tema: Hesse (1998, p.272); Heck (2012, p.140 e 145-146).

²⁷² Do relatório que acompanhou o anteprojeto elaborado pela Comissão de Professores instituída no âmbito do Ministério da Justiça constou: "É certo que somente em casos excepcionais, tendo em vista a relevância da controvérsia constitucional, poderá o STF acolher a arguição de descumprimento de preceito fundamental. O instituto permitirá, ademais, a solução antecipada de controvérsias perante as demais instâncias, tendo em vista sobretudo a segurança das relações jurídicas."

²⁷³ Como explica Thomas da Rosa de Bustamante (2012, p.322), "talvez o elemento mais relevante para se determinar a importância do precedente em dado ordenamento jurídico esteja no *terceiro fator*: as *normas de Direito positivo* que dispõem sobre sua força jurídica. É nelas que se pode encontrar o maior amparo institucional para o *stare decisis*. [...]. Mas, contrariamente do que se poderia imaginar, mesmo nas tradições do *commow law* as normas sobre precedentes judiciais tendem a ser claras e escritas. No caso do Reino Unido, por exemplo, as *Practice Directions and*

mais ágil e abrangente de adequação da interpretação judicial aos ditames dos preceitos fundamentais da Constituição."

Enfim, caberá ao Supremo Tribunal Federal avaliar qual o instrumento mais eficaz para sanar ou evitar a lesividade e, por igual, aferir sobre a conveniência de uma imediata definição da interpretação relativa ao preceito constitucional debatido. Ainda, em vista da aproximação conceitual entre esses institutos, situação propiciada pela redação do art. 2.º, § 3.º, do Projeto de Lei n.º 6.543/2005²⁷⁴, ainda é possível cogitar de uma possível fungibilidade, transformando-se o recurso extraordinário em arguição de descumprimento de preceito fundamental, mecanismo último que – dado o caráter vinculante da interpretação – apresenta solução mais eficiente na estabilidade e previsibilidade do direito. A fungibilidade é recomendada na medida em que (i) a competência é a mesma (STF); (ii) a legitimidade e o interesse estão presentes; (iii) a exigência da repercussão geral será comum tanto ao recurso extraordinário como à arguição de descumprimento de preceito fundamental; e (iv) o conceito de descumprimento de preceito fundamental se identifica ainda que parcialmente com a noção de inconstitucionalidade, perspectiva sabidamente mais elástica. Com isso, independentemente da existência de dúvida objetiva, requisito exigido para específicas modalidades de aplicação do princípio da fungibilidade (TEIXEIRA, 2008, p.263), surge como possível a incidência do instituto no sentido de prestigiar a *nomofilachia* do Supremo Tribunal Federal, conferindo-se a desejada unidade ao direito²⁷⁵. Ainda, dois outros pontos podem ser levantados: (v) a finalidade do recurso extraordinário e da arguição de descumprimento de preceito fundamental incidental é a mesma; e (vi) tratando-se da aplicação direta de princípios constitucionais não se coloca o problema relativo à participação do Senado Federal em conferir efeitos *erga omnes* à decisão do Supremo Tribunal Federal (CF, art. 52,

Standing Orders Applicabele to Civil Appeals consideram a maior parte das regras sobre a administração de recursos (appeals) e sobre a força do precedente judicial."

²⁷⁴ "A propositura da arguição pelas pessoas referidas no inciso III do *caput* deste artigo deverá observar os requisitos fixados no Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal, exigindo-se que a questão constitucional discutida no caso atenda aos mesmos requisitos exigidos para a caracterização da repercussão geral a que se refere o § 3.º do art. 102 da Constituição."

²⁷⁵ Em sentido próximo, as considerações de Guilherme Freire de Barros Teixeira (2008, p.295): "Na aplicação do princípio da fungibilidade, o órgão judicial desempenha um papel de relevo, devendo voltar sua atuação para a busca da melhoria da prestação jurisdicional, com a consciência de que deve ser extraído o máximo de resultados práticos do processo."

inc. X). Em termos genéricos, aliás, essa fungibilidade já foi sugerida por Gilmar Ferreira Mendes (2010, p. 1314):

De lege ferenda poder-se-ia conceber fórmula que associasse o uso da arguição de descumprimento ao manejo do recurso extraordinário. Assim, qualquer dos legitimados para propor a arguição poderia, v.g., solicitar que o STF convertesse o julgamento de um recurso extraordinário em julgamento de eventual arguição de descumprimento. Ou, ainda, seria legítimo cogitar da possibilidade de interpor o recurso extraordinário juntamente com a arguição de descumprimento, facultando ao STF a discricionariedade necessária para apreciar a controvérsia constitucional posta no recurso individual ou na ação de caráter objetivo.

3.3.4 Repercussão geral: uma filtragem positiva

A tese discorre sobre a aplicação direta dos princípios constitucionais e, de arrasto, também alcança as hipóteses de déficit de concretização normativa, oportunidade em que o juiz mais uma vez faz incidir os comandos constitucionais diretamente. Daí a importância de se examinar essas questões sob o enfoque da repercussão geral, requisito de admissibilidade do recurso extraordinário (CF, art. 102, § 3.º, redação atribuída pela EC 45/2004), e que igualmente alcançará a arguição de descumprimento de preceito fundamental, caso aprovado o projeto de Lei n.º 6.543/2005. Aliás, hoje, uma relevância implícita na ADPF já é reivindicada pelo STF, o que justifica o enfrentamento da repercussão geral sob a perspectiva de ambos os instrumentos.

No plano infraconstitucional esse instituto foi regulamentado pela Lei n.º 11.418/06, a qual atribuiu redação ao art. 543-A do Código de Processo Civil. Diz o normativo: "O Supremo Tribunal Federal, em decisão irrecorrível, não conhecerá do recurso extraordinário, quando a questão constitucional nele versada não oferecer repercussão geral, nos termos deste artigo." Ainda o RISTF (art. 322, redação atribuída pela Emenda Regimental n.º 21/07), ao consignar: "O Tribunal recusará recurso extraordinário cuja questão constitucional não oferecer repercussão geral, nos termos deste capítulo."

O Supremo Tribunal Federal, mediante decisão irrecorrível, distingue entre questões constitucionais marcadas pela relevância ou irrelevância, de modo que

apenas as primeiras autorizam o conhecimento do recurso extraordinário. Sendo assim, volta-se o excepcional recurso mais à proteção da ordem jurídica, sem embargo de que o Supremo Tribunal Federal, ao decidir o mérito recursal, deflagra o efeito substitutivo (MANCUSO, 2010, p.189). A repercussão geral estabelece o equilíbrio entre o acesso irrestrito às Cortes de superposição e o papel, dessas Cortes, em atribuir a leitura final sobre os direitos em disputa (OTEIZA, 2011, p.1219). Eis as considerações de Piero Calamandrei (1945, p. 153):

desde que en Francia comenzó a admitirse, bajo el ancien régime, la posibilidad de una casación provocada por el impulso particular, se vió que no era de temer la falta de recurrentes, sino que, por el contrario, era indispensable establecer reglas rigurosas (todavía mantenidas en parte en nuestro ordenamiento) para limitar la excesiva facilidad con la cual los litigantes, deseosos de escapar a los efectos de una sentencia desfavorable, se lanzaban a dar impulso al órgano de casación, aun cuando la sentencia denunciada no ponía en juego el interés colectivo en la exacta interpretación jurisprudencial.[...]; la historia de la Casación y de los institutos derivados de ella nos muestra, en efecto, un continuo conflicto entre la tendencia que quiere limitar la utilización del recurso a aquellos únicos casos en que el mismo puede favorecer a la satisfacción del interés público y la tendencia que, superando la razón política en que el mismo ha tenido origen, quiere admitir a los particulares a aprovecharse de él aun cuando la sentencia esté viciada por errores de hecho que no amenacen en modo alguno la uniformidad de la jurisprudencia.

De plano, portanto, coloca-se o paralelo entre a repercussão geral e a arguição de relevância, instituto aplicado ao recurso extraordinário até o advento da Constituição de 1988.²⁷⁶ Significa dizer, entre o advento da Constituição vigente e a EC n.º 45/04 (regulamentada pela Lei n.º 11.418/06), a interposição do extraordinário dispensava não apenas a arguição de relevância, como também a repercussão geral, porque ainda não incorporada à ordem jurídica. A repercussão geral efetivamente passou a ser exigida como requisito de admissibilidade do extraordinário a partir de 03 de maio de 2007, isso porque, em questão de ordem (QO – AI 664.567, Rel. Min. Sepúlveda Pertence), o Supremo Tribunal Federal decidiu que ela deveria incidir a partir da publicação da Emenda Regimental n.º 21, de 30 de abril de 2005.

²⁷⁶ A arguição de relevância também se aplicava às questões federais, isso porque tais matérias eram igualmente instrumentalizadas pelo recurso extraordinário. Hoje, aliás, tramita no âmbito da Câmara dos Deputados a PEC n.º 209/2012, proposta que exige, no recurso especial, a demonstração da relevância das questões de direito federal infraconstitucional.

A arguição de relevância e a repercussão geral são mecanismos de filtragem²⁷⁷, mas com algumas peculiaridades²⁷⁸. A arguição (art. 327, § 1.º, do RISTF, redação atribuída pela ER n.º 02, de 04.12.1985) dispunha que relevante era a questão federal que, pelos reflexos na ordem jurídica (e considerados os aspectos morais, econômicos, políticos ou sociais da causa), exigia apreciação pelo Supremo Tribunal Federal. A repercussão geral, para além da relevância da matéria sob os pontos de vista econômico, político, social e jurídico, leitura que em muito se aproxima da arguição de relevância, ainda pressupõe que o tema ultrapasse os limites subjetivos da causa (CPC, art. 543-A, § 1.º; e RISTF, art. 322, parágrafo único). Explicam Luiz Guilherme Marinoni e Daniel Mitidiero (2007, p.33): "a fim de caracterizar a existência de repercussão geral e, dessarte, viabilizar o conhecimento do recurso extraordinário, nosso legislador alçou mão de uma fórmula que conjuga relevância e transcendência (repercussão geral = relevância + transcendência)."

A relevância se opera pela repercussão da decisão sob os pontos de vista econômico, político, social ou jurídico, conceitos que sabidamente encerram indeterminação. São visíveis as zonas de certeza (positiva e negativa), ao passo que as zonas intermediárias é que permanecem em aberto.²⁷⁹ Então, em tese, pode-se dizer que uma demanda voltada à discussão de específica reclassificação funcional não enseja relevância jurídica e, porque circunscrita exclusivamente aos litigantes, também não se caracteriza pela transcendência (zona de certeza negativa). De outro lado, uma demanda coletiva para tutela de direitos ou interesses difusos pode ser relevante do ponto de vista social e, porque diz respeito a um número absolutamente

²⁷⁷ Em preliminar de recurso deverá o recorrente demonstrar fundamentadamente a existência da exigida repercussão geral (art. 543-A, § 2.º, do CPC; RISTF, art. 327), pena de não conhecimento. Nesse sentido: STF, ARE 683.660 AgR/SP, 1.ª Turma, Rel. Min. Rosa Weber, j. 04/09/2012; STF, ARE 687.661 AgR/SP, 1.ª Turma, Rel. Min. Luiz Fux, j. 28/08/2012; STF, AI 768.253 AgR/PR, 2.ª Turma, Rel. Min. Joaquim Barbosa, j. 28/08/2012.

²⁷⁸ Sob o regime anterior, a arguição de relevância podia ampliar as hipóteses de cabimento do recurso extraordinário (art. 325, inciso XI, do RISTF, redação atribuída pela ER n.º 02, de 04.12.1985), desde que acolhida por, no mínimo, quatro ministros (art. 328, § 5.º, inciso VII). A repercussão geral exclui o cabimento do recurso extraordinário se, na hipótese, manifestarem-se pela ausência dois terços dos membros da Corte (oito ministros).

²⁷⁹ Karl Engisch (2008, p.209), na esteira de Philipp Heck, fala dos conceitos jurídicos indeterminados, deles extraindo um "núcleo conceitual" e um "halo conceitual". Então, continua: "sempre que temos uma noção clara do conteúdo e da extensão dum conceito, estamos no domínio do núcleo conceitual. Onde as dúvidas começam, começa o halo do conceito."

indeterminado de sujeitos, também pode alimentar a exigida transcendência (zona de certeza positiva), dependendo, tudo, da situação concretizada e dos seus contornos.

Na espécie, tem-se a aplicação direta de princípios constitucionais ou o déficit de concretização de determinada legislação ordinária, temas que inicialmente – para dizer o mínimo – já ensejam relevância jurídica, isso porque o Judiciário atribui exclusiva densidade ao comando constitucional, concretização que pode não apenas ampliá-lo como também amesquinhá-lo, seja ao colorir um suporte fático quando inexigível, seja por deixar de abarcá-lo quando exigível. Aliás, nessa matéria, é preciso avaliar se a ponderação realizada não sacrificou um dos princípios concorrentes ou uma das esferas sociais em disputa (colisão intraprincípios), questões que costumeiramente dizem respeito a direitos fundamentais²⁸⁰ e que necessariamente estreitam a relação entre direito e política. Assim, na medida em que a matéria não foi regulamentada pela legislação infraconstitucional ou foi insuficientemente regulamentada, fato é que o trabalho judicial servirá de parâmetro para as futuras decisões (transcendência)²⁸¹, nuance que muito contribuirá para a coerência do sistema (previsibilidade e estabilidade das decisões judiciais). Aliás, ao seu tempo, será observado que a conciliação possível entre o caráter argumentativo e a previsibilidade do direito depende da adoção de um cauteloso sistema de precedentes (item 4.2.2), de modo que uma filtragem positiva da repercussão geral, à luz do controle difuso de constitucionalidade e sensível à possibilidade de dispersão das decisões judiciais no trato desta espécie normativa, pressupõe, naturalmente, deferência à *nomofilachia* do Supremo Tribunal Federal. Em relação ao recurso constitucional alemão, informa André Ramos Tavares (2001, p. 46):

²⁸⁰ Sobre o tema: Marinoni e Mitidiero (2007, p.37-38).

²⁸¹ Sobre a noção de transcendência, eis as considerações de Marinoni e Mitidiero (2007, p. 37): “A transcendência da controvérsia constitucional levada ao conhecimento do Supremo Tribunal Federal pode ser caracterizada tanto em uma perspectiva qualitativa como quantitativa. Na primeira, sobreleva para individualização da transcendência o importe da questão debatida para a sistematização e desenvolvimento do direito; na segunda, o número de pessoas suscetíveis de alcance, atual ou futuro, pela decisão daquela questão pelo Supremo e, bem assim, a natureza do direito posto em causa (notadamente, coletivo ou difuso).” Nesse contexto, por exemplo, é possível afirmar que há repercussão geral na aferição do princípio constitucional implícito revelado pelo julgador, notadamente no que diz respeito à respectiva convergência com o programa normativo-constitucional (transcendência qualitativa).

Na apreciação dessa chamada 'relevância constitucional fundamental' passa a ser exercida uma ampla margem de discricionariedade pelo Tribunal, que já tem considerado admissível o recurso e, pois, a relevância, quando existente um interesse geral na resolução, seja pelo número considerável de litígios similares pendentes, seja por proporcionar um precedente para os casos futuros.

Por fim, algumas questões procedimentais são destacadas: (i) a rejeição da repercussão geral depende de uma qualificada maioria (dois terços dos membros do Supremo Tribunal Federal), ou seja, da manifestação de oito ministros (CF, art. 102, § 3.º). Desse modo, se a Turma decidir pela existência da repercussão geral por, no mínimo, quatro votos, fica dispensada a apreciação pelo plenário do STF (CPC, art. 543-A, § 4.º); (ii) a apreciação da repercussão geral, embora pública e motivada, é irrecorrível (CPC, art. 543-A, *caput*; RISTF, art. 326)²⁸²; (iii) presume-se a ocorrência da repercussão geral quando a decisão recorrida contrariar súmula ou jurisprudência dominante do Supremo Tribunal Federal (CPC, art. 543-A, § 3.º); (iv) o Relator poderá admitir, na análise da repercussão geral, a manifestação de terceiros (*amicus curiae*) mediante decisão irrecorrível (CPC, art. 543-A, § 6.º; RISTF, art. 323, § 3.º); (v) havendo recursos repetitivos e negada a repercussão geral, a decisão valerá para todos os recursos (CPC, art. 543-A, § 5.º e art. 543-B)²⁸³; (vi) quando não for o caso de inadmissibilidade do extraordinário por outra razão (apreciação monocrática, art. 557, *caput*, do CPC), o(a) Relator(a) ou o Presidente submeterá, por meio eletrônico, aos demais Ministros, cópia de sua manifestação sobre a existência, ou não, de repercussão geral (RISTF, art. 323); e (vii) recebida a manifestação do(a) Relator(a), os demais Ministros encaminhar-lhe-ão, também por meio eletrônico, no prazo comum de vinte dias, manifestação sobre a repercussão geral, a qual

²⁸² Ao menos a oposição dos embargos declaratórios deve ser autorizada (art. 535, incisos I e II, do CPC). No mesmo sentido: Mancuso (2010, p.181).

²⁸³ Nos termos do art. 543-B, § 1.º, do CPC, caberá ao Tribunal de origem selecionar um ou mais recursos representativos da controvérsia e encaminhá-los ao Supremo Tribunal Federal, para análise e julgamento. Não há parâmetros objetivos na escolha desses casos, problemática assim apontada por Humberto Theodoro Jr., Dierle Nunes e Alexandre Bahia (2009, p.38): "Perceba-se que nos moldes que a repercussão geral foi implementada, o STF não julgará mais (todos) os recursos que lhe forem dirigidos (não julgará mais as causas), mas, sim, o tema (tese) que estiver sendo abordado. No entanto, o que delimitará o tema serão os recursos escolhidos (pinçados) pelo Tribunal *a quo*, o que conduz à conclusão de que não é o STF que julga completamente o caso, porque a escolha dos limites do tema é fixado pelo Tribunal *a quo*, que poderá escolher recursos bem estruturados tecnicamente (que abordem completamente a temática) ou não".

reputar-se-á existente quando da ausência de manifestação (RISTF, art. 324, *caput*, e § 1.º), o que implica anuência tácita.

3.3.5 A *nomofilachia* das Cortes Superiores

As Cortes²⁸⁴ dão a leitura final sobre o alcance da Constituição; dão orientação à totalidade do sistema e às instituições que o conformam; enfim, dão a necessária coerência exigida pelo sistema (OTEIZA, 2011, p.1177). A tarefa das Cortes, peças-chave dos sistemas jurídicos, reveste-se de uma dimensão pública²⁸⁵, consistente

²⁸⁴ Luiz Guilherme Marinoni e Daniel Mitidiero (2007, p.12-13) discorrem historicamente sobre a função dos Tribunais Superiores: "Num primeiro momento, partindo-se do modelo do Tribunal de Cassação revolucionário francês, origem dos nossos Tribunais de 'direito estrito' outorga-se ao Tribunal apenas a defesa da lei em abstrato (art. 19 da Constituição de 1791 dizia-o expressamente, referindo que o seu controle dirigia-se unicamente à *contravention expresse au texte de la loi*), sendo-lhe, por isso mesmo, vedado o conhecimento do mérito da causa. Cumpria-lhe uma iniludível função política, tendo estrutura de órgão judicial, mas alocação constitucional acessória do Legislativo. [...]. Reconhecido, porém, que a atividade judicial envolve uma necessária interpretação da legislação, a função dos Tribunais Supremos acabou adquirindo um novo endereço: o objetivo desse controle voltou-se à uniformização da jurisprudência. [...]. O controle sobre os casos decididos (ou, como prefere a nossa Constituição, sobre as 'causas decididas em única ou última instância', art. 102, III) aparece apenas em um terceiro momento. Passa-se a colimar às Cortes Supremas não mais o simples objetivo de uniformizar a jurisprudência, antes lhe assinalando o fito de outorgar unidade ao Direito."

²⁸⁵ Piero Calamandrei (1945, p.108), ao tratar da *nomofilachia* das Cortes, cogita de dois interesses públicos: a observância da lei e a uniformização da jurisprudência. Explica: "*Estos dos intereses, que, en casos excepcionales, pueden ofrecerse separados, por lo general se coordinan y coinciden. El interes en el mantenimiento de la observancia de la ley, si se hace sentir también cuando se ha verificado en una sentencia un error iuris in iudicando aislado, que no sea capaz por sí mismo de producir una diversidad de jurisprudencia [...], aparece, en todo caso, preordenado a la obtención de la uniforme interpretación jurisprudencial, porque el mismo se dirige, a través del examen de la resolución vaciada por un error de derecho in iudicando, hacer que predomine una resolución conforme a la ley, o sea a hacer que predomine, sobre las interpretaciones no conformes a la ley, que, dada la infinita posibilidad de errores, puedan ser múltiples y discordantes entre sí, la interpretación conforme a la ley que no puede ser más que una. A la inversa, el interes en el mantenimiento de la jurisprudencia uniforme es el mejor aliado de la nomofilaquia: en efecto, entre las diversas interpretaciones de una misma norma jurídica, la coexistencia de las cuales destruiría la uniformidad de la jurisprudencia, el órgano unificador escoge y hace predominar aquella que corresponde al verdadero significado de la ley, y elimina todas las otras interpretaciones, las cuales, al no ser conformes a la única interpretación verdadera, son también, como consecuencia, no conformes a la ley.*" A "interpretação verdadeira", expressão que parece colidir com a inexistência de uma única resposta correta, é relativa, na medida em que deriva de um raciocínio persuasivo (CALAMANDREI, 1945, p.110-111). Aliás,

em fixar a derradeira leitura sobre as questões normativas relevantes (p.1178). Então, falar em função pública das Cortes é por em evidência que as suas decisões são úteis à solução dos casos futuros em que possa ser envolvida questão similar (p.1218), de modo que, com a fixação da questão constitucional, ou seja, com a fixação do precedente, para além da vinculação horizontal (no próprio tribunal), ele deve igualmente orientar o trabalho dos juízes e tribunais ordinários (vinculação vertical). Com isso, revela-se a *nomofilachia* das Cortes, tarefa que não se limita apenas à correta aplicação do direito²⁸⁶, mas que também alcança a uniformização da interpretação judicial²⁸⁷. Explicam Comoglio, Ferri e Taruffo (2006, p.650):

Anzitutto, e qui l'istituto della cassazione si ricollega alle sue primi origini, la Corte <<assicura l'esatta osservanza... della legge>> (v. art. 65 r.d. 1941/12, cit.). Si tratta della fondamentale funzione detta di nomofilachia, ossia di tutela della legge e della sua corretta interpretazione ed applicazione. Sotto questo profilo la Corte di Cassazione è il giudice ultimo e supremo dell'interpretazione delle leggi, e del relativo controllo di legittimità delle sentenze dei giudici inferiori. In qualità del organo supremo dell'interpretazione della legge, la Corte de Cassazione ha anche il compito di assicurare <<l'uniforme interpretazione della legge>>, compito che l'art. 65 già citato rafforza, in assonanza con le ideologie politiche dell'epoca, facendo riferimento anche alla <<unità del diritto oggettivo nazionale>>.

Sendo assim, na medida em que incumbe ao Supremo Tribunal Federal a última palavra em matéria constitucional, função à qual se achega a uniformização e unidade do direito, torna-se necessário assegurar respeito aos precedentes²⁸⁸,

nem mesmo a interpretação autêntica pode ser considerada verdadeira, razão pela qual considera como tal aquela proveniente do órgão unificador da jurisprudência.

²⁸⁶ *Nomofilachia* negativa, cf. Calamandrei (1945, p.64 e 102).

²⁸⁷ *Nonofilachia* positiva, cf. Calamandrei (1945, p.64 e 102). Continua o autor (1945, p.82): “Los dos principios, conexos entre si y complementarios, de la unidad del derecho positivo en el Estado y la igualdad de todos los ciudadanos ante la ley, pueden ser prácticamente actuados sólo cuando las amenazas, que contra los mismos surgen de la inevitable pluralidad de los órganos jurisdiccionales del mismo grado, sean, dentro de lo posible, templadas por la uniformidad de la interpretación jurisprudencial.”

²⁸⁸ Teori Albino Zavascki (2001, p.30) sustenta que a limitação do controle incidental de constitucionalidade tornou necessária a criação de mecanismos para ver preservada a segurança jurídica e a isonomia, assim como para evitar a repetição dos julgamentos nas instâncias ordinárias. Então, baseado nas lições de Ovídio Baptista da Silva sobre as eficácias reflexas e anexas das decisões, observa algumas modificações que foram implantadas com o propósito de ampliar a eficácia das decisões, o que denota que a eficácia dessas decisões não é tão limitada. Elenca, ao menos, três delas: (i) a habilitação do Senado para suspender a execução de normas declaradas inconstitucionais; (ii) a vinculação, para os tribunais, das decisões proferidas pelo plenário do Supremo Tribunal

criando condições para que seja assimilado na ordem jurídica brasileira, com efeitos obrigatórios. Dito de outro modo, na ausência de vinculação, o papel do Supremo Tribunal Federal ficaria limitado à simples revisão ou a mais uma instância revisora, perspectiva que atende exclusivamente às expectativas das partes (função privada) ou, na melhor das hipóteses, que terá o propósito de simplesmente persuadir os juízes e tribunais ordinários. É preciso mais: a Corte deve ser vista como um órgão de controle jurídico sobre a atividade dos órgãos jurisdicionais (CALAMANDREI, 1945, p.38). No particular, então, dependendo do instrumento utilizado na obtenção da resposta definitiva, alguns ajustes são necessários: o recurso extraordinário carece do *stare decisis*; já a arguição de descumprimento de preceito fundamental, muito embora trabalhe o efeito vinculante, hospeda uma legitimação ativa *ad causam* que não alcança os litigantes.

3.3.6 O Supremo Tribunal Federal e a obtenção da melhor resposta

Uma das premissas firmadas reside na inexistência de uma única resposta correta, de modo que esse estágio já anuncia que no Supremo Tribunal Federal os desacordos sociais são igualmente reproduzidos, sem dizer que a fidelidade às decisões precedentes é por vezes negligenciada.²⁸⁹ Contudo, não obstante a

Federal em matéria constitucional; e (iii) a força vinculante dos precedentes, mediante a simplificação do julgamento dos recursos. A primeira, à luz do art. 52, inc. X, da Constituição Federal, confere eficácia *erga omnes* à declaração de inconstitucionalidade reconhecida pelo Supremo Tribunal Federal. A segunda, em atenção art. 481, parágrafo único, do CPC, determina que os órgãos fracionários dos tribunais não mais deverão submeter a arguição de inconstitucionalidade aos órgãos colegiados quando "já houver pronunciamento destes ou do plenário do Supremo Tribunal Federal sobre a questão". A última, sob a vertente do art. 557, *caput*, e § 1.º-A, do CPC, autoriza o relator a desprover recurso quando contrário à jurisprudência dominante ou súmula do Supremo Tribunal Federal ou ainda dar provimento ao inconformismo quando a decisão recorrida contrariar súmula ou jurisprudência daquela Corte.

²⁸⁹ Marcelo Neves (2010, p.196-218) enumera situações de distorção na densificação dos princípios constitucionais pelo STF e, a título de ilustração, suficiente a lembrança de que no julgamento do *Habeas Corpus* n.º 82.424-RS (caso *Ellwanger*) a liberdade de expressão foi relativizada (Min. Maurício Corrêa, j. 17.11.2003), ao passo que no julgamento da ADPF n.º 130-DF a Corte decidiu pela precedência ou absolutização do invocado preceito fundamental (Min. Carlos Britto, j. 30.04.2009). Eros Roberto Grau (2011, p.343), inclusive, estabelece idêntica crítica ao comparar os votos proferidos no primeiro julgamento pelos Ministros Marco Aurélio e Gilmar Mendes (ambos baseados no princípio da proporcionalidade). Ainda assinala Marcelo Neves (2010, p.198): "Na jurisdição constitucional brasileira, problema persistente em relação ao manuseio dos

importância dessas constatações, aqui é sustentada a tese de que a aplicação direta dos princípios constitucionais reivindica uma resposta definitiva do STF e que a resposta definitiva pode ajudar no surgimento da melhor resposta. Em outros termos, se no âmbito do controle concreto e difuso de constitucionalidade é indispensável potencializar o caráter nomofilático do Supremo Tribunal Federal e, na espécie, o sistema de precedentes obrigatórios dele decorrente, não menos importante é a enumeração de coordenadas ou testes que tornem as suas decisões mais racionais e aceitáveis, até porque marcadas pela irrecorribilidade. Ademais, a tese não se contenta nem com a ilusão ingênua de que as decisões de última instância sejam "expressões da justiça perfeita" (SILVA, 2006, p.253) e nem mesmo resta conformada pelo só argumento de autoridade.

A resposta definitiva, no controle concreto e difuso de constitucionalidade, consiste na apreciação que o Supremo Tribunal Federal faz das justificações elaboradas pelas instâncias ordinárias²⁹⁰ e quando alcançada ela então servirá de parâmetro na solução de casos semelhantes. Sendo assim, o Supremo Tribunal Federal promoverá a reavaliação dos critérios estabelecidos na metodologia exposta nos itens 3.1.1 e 3.1.2, cuidando-se, acima de tudo, da pretensão de universalidade, pois, na aplicação direta dos princípios constitucionais e na incidência direta desses comandos nas hipóteses de déficit de concretização, a preocupação dos julgadores deve estar dirigida à solução isonômica de casos futuros. Disse Benjamin N. Cardozo (2004a, p.11) que "a sentença de hoje estabelecerá o certo e o errado de amanhã"²⁹¹. Com isso, já foi afirmado, não apenas são evitados os casuísmos e as interpretações *ad*

princípios constitucionais, da técnica da proporcionalidade e do modelo de ponderação, assim como também ao emprego de outras estratégias argumentativas, reside no fato de que a decisão e os argumentos utilizados para fundamentá-las tendem a limitar-se ao caso concreto *sub judice*, mas não oferecem critérios para que se reduza o 'valor surpresa' das decisões de futuros casos em que haja identidade jurídica dos fatos subjacentes. Dessa maneira, começa a história, novamente, a cada caso, ao sabor das novidades metodológicas e doutrinárias."

²⁹⁰ Michele Taruffo (2011a, p.344) observa que a obrigação de motivar "*puede considerarse como un instrumento destinado a permitir el control de legalidad por parte de la Corte, en la medida en la que el juez se ve obligado a dar existencia, con la motivación, al dato objetivo sobre el que dicho control debe ejercerse.*"

²⁹¹ Ainda Lawrence G. Sager (2007, p.203) quando anota que "*los jueces tienen que establecer principios que den razonable cuenta de las decisiones pasadas y que definan una línea de acción atractiva para las decisiones futuras.*" John Hart Ely (2010, p.72-74), na esteira de Herbert Wechsler, desenvolve a ideia de princípios neutros; a ideia de que a Corte deve agir com base em

hoc, como a partir daí é possível construir um sistema de precedentes que vincule não apenas as instâncias ordinárias (eficácia vertical), mas, por igual, o próprio STF (eficácia horizontal).²⁹² Aliás, a contribuição judicial na construção da ordem jurídica (PERELMAN, 2005, p.478), notadamente quando a produção normativa não é compartilhada com o legislador, certamente ganhará maior intensidade se a própria Corte, para além de respeitar os seus precedentes, ainda auxiliar na identificação da *ratio decidendi* de suas decisões.²⁹³ Com isso, à evidência, não se busca incentivar a reiterada produção de súmulas, mas, ao contrário, a sugestão converge para que as decisões do STF tenham uma "autoria institucional" (MENDES, C. H., 2011, p.353), na medida em que a mera disponibilização dos votos isoladamente produzidos, votos muitas vezes divergentes quanto à fundamentação, dificulta a consolidação de um sistema eficiente de precedentes. Gustavo Zagrebelsky (2008, p.44), após sugerir a busca por um maior consenso na tomada das decisões colegiadas (e na uniformização das razões constitucionais), cogita de uma decisão em que "las

princípios que transcendam a situação concreta, de modo que os casos semelhantes sejam tratados da mesma maneira.

²⁹² Daí a necessidade do Supremo Tribunal Federal respeitar os próprios precedentes (item 4.3). Ainda Nicola Picardi (2008, p.150): "Maior é, pois, o grau de 'persuasão' do precedente se esse é emanado de um órgão colegiado em relação àqueles que provêm de um órgão monocrático. Se, porém, tratar-se de um precedente posto por um juízo colegiado se deve ulteriormente distinguir entre decisões por unanimidade e decisões por maioria. Por sua vez, nesta última hipótese, diversa pareceria a 'persuasão' do precedente no caso em que, um ou mais juízes, mesmo que compartilhando o dispositivo da decisão, dissentem – em parte ou *in toto* – na motivação (*concurring opinion*), ou ainda, com relação ao caso em que, um ou mais juízes, dissentem, não somente na motivação, mas também – em parte ou *in toto* – da decisão da maioria (*dissenting opinion*)."

²⁹³ Como se terá oportunidade de constatar, a grande dificuldade de trabalhar com o sistema de precedentes reside na distinção que se faz entre *ratio decidendi* e *obiter dictum*. A *ratio decidendi* pressupõe o que seja necessário para o alcance da decisão e, se assim é, quando se indaga sobre a distinção entre *ratio decidendi* e *obiter dictum*, indaga-se sobre a indispensabilidade ou não do enfrentamento de específico conteúdo na construção da decisão. No particular, uma vez mais pode ser útil a invocação do previsto no CPC (art. 331), precisamente quando se reporta à fixação dos pontos controvertidos. A fixação dos pontos controvertidos materializa a essência do julgamento e, por isso, poderá auxiliar na compreensão da *ratio decidendi*. Daí a sugestão: nas decisões colegiadas deverá o relator fixar os pontos principais da controvérsia, indicando aqueles que nortearão o julgamento, inclusive com a colaboração dos demais integrantes da Corte. De igual importância, aliás, são também as publicações das decisões, as quais não devem se limitar ao dispositivo do acórdão e nem mesmo às respectivas ementas. Sobre o tema discorreu Roger Stiefelman Leal (2006, p.172): "Pela mesma razão por que se impõe a publicação da parte dispositiva dos julgados do Supremo Tribunal Federal, acompanhada ou não de suas ementas, seria indispensável veicular em *Diário Oficial* a íntegra dos seus fundamentos, a exemplo do que ocorre na prática constitucional espanhola, com a finalidade de dar pleno conhecimento aos órgãos públicos situados em todas as regiões do País sobre as interpretações e princípios que estão obrigados a observar."

aportaciones personales se disuelven así en un producto cuyo autor es el Tribunal".

Eros Roberto Grau (2011, p.347-348), Ministro aposentado do STF, igualmente reivindica uma decisão coletiva:

O STF de hoje é produto do nosso tempo. [...]. Banalizado, deixou de ser uma instituição, passou a existir como conjunto de 11 juízes que tomam decisões individuais. Eis o que penso deva ser alterado. Deixar de ser esse conjunto de individualidades, transformando-se realmente em Tribunal que produz decisões coletivamente. Não 11 ministros decidindo, porém uma decisão coletiva por ele produzida. Sei que isso não será fácil, mesmo porque a decisão de qualquer grupo de pessoas é a soma de decisões individuais em razão de algum critério previamente estabelecido proclamada como colegial. Mas que, por fim, decida o Tribunal, não seus ministros. Estes devem tecer e compor uma única decisão, a decisão do Tribunal.²⁹⁴

A interpretação constitucional definitiva, conferida ao Supremo Tribunal Federal, sugere que ele esteja em melhores condições para a preservação da coerência (unidade) do sistema. Significa dizer, se a interpretação principiológica, diz Ronald Dworkin (2010, p.275-279), é comparável a um "romance em cadeia", então o Supremo Tribunal Federal recepciona melhores condições não apenas para conhecer das possíveis dimensões interpretativas, mas, por igual, para harmonizá-las, buscando consensos, mesmo que provisórios. As Cortes Constitucionais são especializadas no controle de constitucionalidade, característica que favorece a proteção dos direitos

²⁹⁴ Diz Marcelo Neves (2010, p.199): "Relacionado a esse problema (valor-surpresa), ocorre, não raramente, uma deficiente clareza no verdadeiro fundamento da decisão. É verdade que essa questão relaciona-se com a própria organização institucional do procedimento de tomada de decisão do STF. Cada Ministro apresenta votos (geralmente longuíssimos) em separado, aduzindo argumentos e razões as mais diversas. Não é comum que cheguem aos mesmos resultados com argumentos os mais diferentes. O acórdão final torna-se, em casos relevantes, inconsistente: o fato de a maioria ou a unanimidade decidir no sentido da parte dispositiva do acórdão nada diz sobre os seus fundamentos, pois cada um aduz argumentos que, em alguns casos, são incompatíveis." Ainda: Leal (2006, p.171). Neil Andrews (2010, p.309) igualmente discorre sobre a dificuldade "de saber o que é o direito" ou, em palavras diferentes, de se identificar a *ratio decidendi* nas decisões proferidas pelas cortes de superposição inglesas. Textualmente: "Num sistema em que há acórdãos densos e fartamente fundamentados, saber o que é direito, é tarefa árdua. Pois o direito inglês, enquanto fruto de decisões da *Court of Appeal* e da *House of Lords* (hoje sucedida pela Suprema Corte), só pode ser encontrado ou identificado, se for por um *barrister* muito dedicado e inteligente, apoiado numa equipe de estagiários e todos teriam de ter dias para fazê-lo. A necessidade de economia, brevidade e clareza é evidente. Um Presidente da Suprema Corte que fosse realmente inspirado deveria ver nestes objetivos sua prioridade, pois há muito mais espaço para se chegar a um meio termo entre o conciso e estandardizado estilo de julgamento francês (e os razoavelmente curtos acórdãos da Corte Europeia de Justiça), e o super detalhado método de se redigirem acórdãos na Inglaterra, em que cada juiz acrescenta à imensidão de palavras que já constam, outras relativas à interpretação (com muitas citações) de inúmeros casos anteriores."

constitucionalmente assegurados (SAGÜÉS, 2006, p.188) e, por conseguinte, evita as possíveis hipóteses de hipertrofia das esferas jurídicas envolvidas. John Rawls (2011, p.281), inclusive, afirma que a Suprema Corte é um modelo de razão pública.²⁹⁵ Ainda, porque mais eficientes os diálogos institucionais no âmbito das Cortes constitucionais, firmado o precedente, nada impede que o Legislativo seja chamado a intervir na regulamentação da norma constitucional (LOSANO, 2007, p.338).²⁹⁶

Ao lado dessa pretensão de universalidade, da necessária cautela na identificação da *ratio decidendi*, outras sugestões convergem para a obtenção da melhor resposta. São elas: (i) a sinceridade na identificação da matriz interpretativa ou das premissas teóricas utilizadas; (ii) a verticalização do princípio do contraditório; e (iii) a ampla democratização do processo decisório.

Néstor Pedro Sagüés (2006, p.143-163) desenvolve relevante trabalho sobre a interpretação constitucional ou mais precisamente sobre os vários critérios de interpretação utilizados pela Corte Suprema da Argentina. Explica que dependendo da ferramenta utilizada ou do meio de interpretação utilizado, o Tribunal pode chegar a resultados distintos²⁹⁷ e, por isso, a sinceridade interpretativa é um bom caminho

²⁹⁵ John Rawls (2011, p.272-284), após desenvolver o conceito de democracia constitucional dualista e reivindicar a aplicação da razão pública nos tribunais (a única que o tribunal exerce), também afirma que "se o tribunal assume esse papel e o cumpre de forma efetiva, é incorreto afirmar que isso é claramente antidemocrático."

²⁹⁶ Foi dito que o Supremo Tribunal Federal atribui a última palavra em matéria constitucional, mas, entenda-se, no âmbito do Judiciário, isso porque uma maioria qualificada pode modificar a Constituição (CAPPELLETTI, 2011, p.938). Ainda Riccardo Guastini (2010, p.143): "*Las decisiones de las cortes supremas – por definición (pues sino fuera así no serían <supremas>) – no pueden estar sujetas a controles ulteriores. A pesar de esto, los derechos de los ciudadanos deben ser garantizados también contra las decisiones jurisdiccionales supremas. Por lo tanto, alguna forma de control parlamentario sobre la interpretación judicial no es sólo admisible – en el sentido que no contradice la separación de los poderes (supra, § 4.º) – sino también deseable.*" Enfim, nada impede que o Parlamento regule os princípios constitucionais em discussão, respeitada, obviamente, a interpretação constitucional estabelecida em definitivo pelo STF. Inclusive, essa regulamentação pode se dar a qualquer tempo, ora refletindo no processo como fato novo relevante (CPC, art. 462), ora com influência no próprio trato dos precedentes (e.g. *overruling*).

²⁹⁷ Robert Alexy (2001, p.18) ressalta que "mais importante do que problema do número de cânones é o problema de sua ordem hierárquica. Cânones diferentes podem levar a resultados diferentes." Sobre os riscos da abertura dos métodos interpretativos, discorre Roberto Gargarella (2008, p.161): "*La existencia de criterios interpretativos que nos permiten alcanzar una solución o la contraria, sin que los decidores puedan ser institucionalmente reprochados por ello, abre una posibilidad (demasiado cercana), cual es la de que los decidores definan de antemano cuál es la solución jurídica que prefieren, o que mejor se ajusta con sus pré-juicios o convicciones*

para se legitimar as interpretações constitucionais. Neil MacCormick (2006, p.321-322) ensina que a verdadeira discordância sobre um assunto semelhante pressupõe a existência de padrões comuns. Sendo assim, em qualquer decisão, porém especialmente naquelas levadas a efeito pelo STF, é salutar que os julgadores declinem a matriz interpretativa ou a premissa teórica utilizada, pois dessa tomada de posição dependerá o resultado da interpretação. Isso não significa que exista um único método interpretativo correto (e nem é esse o objetivo da sugestão), mas, ao contrário, a ideia é aferir se a premissa levantada guarda coerência com o resultado alcançado.²⁹⁸ Ademais, cientes dessa premissa, os demais julgadores para além desse controle ainda poderão demonstrar que a situação concretizada reclama método mais apropriado ou mesmo poderão esclarecer sobre uma eventual mudança injustificada de critério, perspectiva que em muito reduzirá as hipóteses de interpretação *ad hoc*. Conrado Hübner Mendes (2011, p.247) sugere, inclusive, que a "escolha de métodos interpretativos seja um dos motes sujeitos à deliberação aberta e franca entre os juízes que integram um fórum de decisão colegiada."

De igual importância, na produção das decisões pelo STF, é que sejam ostensivamente enfrentadas as teses agitadas nas razões no recurso extraordinário ou arguição de descumprimento de preceito fundamental. Isso implica dizer que não é dado ao julgador acolher uma pretensão sem expressamente rejeitar a tese contrária (PERELMAN, 2005, p.489), máxime quando também suficiente para a solução da controvérsia.²⁹⁹ É decorrência do contraditório efetivo ou da simétrica

ideológicas o intereses, y luego 'salgan a la búsqueda' de la doctrina interpretativa que les permita decir lo que ya sabían de antemano que querían decir."

²⁹⁸ Não parece ser outra a leitura de Virgílio Afonso da Silva (2011, p.372-375) quando, relativamente à ponderação de direitos fundamentais, ensina que "o problema principal não está relacionado à análise do caso concreto, mas às premissas teóricas de que se parte para solucioná-lo. O problema, aqui, surge quando não se explicita de que premissas se parte, ou qual é a teoria dos direitos fundamentais que fundamenta a interpretação em questão, ou, ainda, quando há falta de honestidade na exposição dessas premissas. [...] Em consequência, quanto maior for a clareza na exposição dessa teoria, mais facilmente será possível compreender por que o sopesamento levou àquele resultado e não a outro. Isso confere mais objetividade a esse método e à interpretação em geral."

²⁹⁹ Diz Neil MacCormick (2011, p.41-42): "O problema, que se tornou quase que um lugar-comum filosófico, é que muitas razões boas, mas não necessariamente compatíveis ou comensuráveis, pesam sobre nossas ações, todas indicando algum elemento do bom, do correto, do obrigatório, ou do permissível. [...]. A razoabilidade (ou proporcionalidade) requer que seja levado em conta tudo o que é relevante e refletir sobre o peso a ser conferido a considerações diferentes. [...].

paridade o enfrentamento das questões suscitadas pelas partes.³⁰⁰ No particular, merece destaque o voto proferido pelo Min. Gilmar Mendes (STF, MS 24268/MG, DJ de 17/09/2004) quando asseverou que a pretensão à tutela jurídica não envolve só o direito de manifestação e de informação, mas também o direito de ver seus argumentos contemplados pelo órgão julgador. Daí a insurgência contra as decisões judiciais que se contentam com a pura e simples presença de uma motivação³⁰¹, situação que fica ainda mais evidente quando em sede de embargos declaratórios, diuturnamente, é dito que o juiz não está obrigado a responder “questionário das partes” ou mesmo a enfrentar outros pontos, ainda que relevantes, quando já encontrou uma solução para o caso. Ensina Daniel Mitidiero (2012, p.63-64):

Existem julgados do STF que ainda hoje comungam de semelhante entendimento. Assim, por exemplo, não é raro colher em decisões do Supremo que basta o julgador expor 'de modo claro as razões de seu convencimento' para ser considerada motivada a sua decisão. Traduzindo – *é desnecessário o debate com as partes partindo-se dos fundamentos por elas invocados em suas manifestações processuais*. Ocorre que entendimento dessa ordem encontra-se em total descompasso com a nova visão a respeito do direito ao contraditório. Se contraditório significa direito de influir, é pouco mais do que evidente que tem de ter como contrapartida *dever de debate – dever de consulta, de diálogo*, inerente à estrutura cooperativa do processo. Como é de fácil intuição, *não é possível aferir se a influência foi efetiva se não há dever judicial de rebate aos fundamentos levantados pelas partes*. [...]. *Não há que se falar de decisão motivada se esta não enfrenta expressamente os fundamentos arguidos pelas partes em suas manifestações processuais*.

A melhor resposta está fundada na deliberação democrática, de modo que as decisões proferidas pelo Supremo Tribunal Federal não mais se contentam com

A razoabilidade envolve levar em consideração todas as razões e sopesá-las da melhor maneira possível.”

³⁰⁰ Aroldo Plínio Gonçalves (2001, p.120), na esteira de Rudolf von Jhering, ensina que o contraditório “exige mais do que a audiência da parte, mais do que o direito das partes de se fazerem ouvir. Hoje, seu conceito evoluiu para o de garantia de participação das partes, [...], em simétrica paridade de armas, no sentido de justiça interna no processo, de justiça no processo, quando as mesmas oportunidades são distribuídas com igualdade às partes.”

³⁰¹ No exame do RE n.º 418.416-8/SC, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, DJ de 19.12.2006, restou consignado: “EMENTA: I- Decisão judicial: fundamentação: alegação de omissão de análise de teses relevantes da Defesa: recurso extraordinário: descabimento. Além da falta do indispensável prequestionamento (Súmulas 282 e 356), não há violação do art. 5.º, LIV e LV, nem do art. 93, IX, da Constituição, que não exige o exame pormenorizado de cada uma das alegações ou provas apresentadas pelas partes, nem que sejam corretos os fundamentos da decisão; exige, apenas, que a decisão esteja motivada, e a sentença e o acórdão recorrido não descumpriram esse

posturas isoladas (BARROSO, 2011b, p.398)³⁰², mas, ao contrário, reclamam um debate aberto e dialético, do qual devem participar não apenas as partes, o Ministério Público e os Ministros da Corte, mas também os representantes da sociedade civil organizada (*amicus curiae*).³⁰³ A íntima relação entre Estado de Direito e democracia exige que a interpretação constitucional se abra para outros segmentos igualmente interessados na solução da controvérsia constitucional (HÄBERLE, 1997, p.40), até porque um dos mais incisivos ataques ao Judiciário decorre do viés contramajoritário dessa instância decisória.³⁰⁴ Contudo, nada obstante a possibilidade de exposição dos argumentos perante a Corte, ainda mais fundamental é o diálogo, pois, como ensina Conrado Hübner Mendes (2001, p.352), "numa boa deliberação interna os juízes prestam atenção a todos os participantes, incorporam os argumentos dos outros em seus posicionamentos, seja para aderir ou para dissentir. Sua posição não é formada em casa ou na paz do seu gabinete, mas no fórum público"³⁰⁵.

requisito (v.g., RE 140.370, 1.^a T, 20.4.93, **Pertence**, DJ 21.5.93; AI 242.237 – AGR, 1.^a T, 27.6.00, **Pertence**, DJ 22.9.00)."

³⁰² Conrado Hübner Mendes (2011, p.344-345) – na esteira de Jon Elster – consigna: "Explicando melhor: quando falamos em tomada de decisão por meio do voto, referimo-nos à agregação de posições individuais. A decisão coletiva é o produto da soma dessas decisões individuais e a maioria vence. Quando falamos em deliberação, supomos que agentes decisórios estão sujeitos a formar e a transformar suas posições políticas no calor do debate, estão dispostos a persuadir e a serem persuadidos. Ou seja, suas posições não são imutáveis e eles não as trazem prontas e acabadas de casa. Constroem-nas em conjunto com os outros, no fórum público." Em seguida, realça as vantagens de uma prática decisória deliberativa: ela "minimizaria o desacordo, despertaria respeito mútuo, geraria justificativas racionais para as decisões, e teria até, para alguns, um valor epistêmico (ou a maior probabilidade de alcançar a decisão correta). A necessidade de que todos os agentes apresentem publicamente razões que sejam minimamente aceitáveis para todos os outros, mesmo que discordem impõe um limite ao que pode ser decidido, um constrangimento da razão."

³⁰³ Explicam Anna Candida da Cunha Ferraz e Fernanda Dias M. de Almeida (2011, p.48) que "os *amici curiae* constituem o instrumento pelo qual outros interessados, que não as partes do processo, entram na justiça para fazer ouvir sua voz e seus argumentos em assuntos cuja elucidação judicial demonstre uma forte projeção ou transcendência coletiva."

³⁰⁴ Sobre a figura do *amicus curiae*, não apenas como elemento essencial à pluralização do debate constitucional, mas, por igual, como alternativa para a superação do enfoque contramajoritário do Supremo Tribunal Federal (MC na ADI n.º 2321/DF, Rel. Min. Celso de Mello, DJ de 10.06.2000; STF, ADPF n.º 187/DF, Rel. Min. Celso de Mello, j. 15/11/2011).

³⁰⁵ Discorre Carlos Santiago Nino (1997, p.161): "*La discusión y la decisión intersubjetivas constituyen el procedimiento más confiable para tener acceso a la verdad moral, pues el intercambio de ideas y la necesidad de ofrecer justificaciones frente a los otros no sólo incrementa el conocimiento que uno posee y detecta defectos en el razonamiento, sino que ayuda a satisfacer el requerimiento de atención imparcial a los intereses de todos los afectados. Sin embargo, esto no excluye la posibilidad de que a través de la reflexión individual alguien pueda tener acceso al conocimiento de soluciones correctas, aunque deber admitirse que este método es mucho menos confiable que*

Então, ainda que o tribunal apenas por aproximação represente as diversas ideologias presentes na sociedade (ATIENZA, 2010b, p.115), fato é que a abertura propiciada pelo *amicus curiae*, quando somada à possibilidade de realização de audiências públicas, verdadeiramente fazem da Corte um espaço privilegiado para o exercício da razão pública (RAWLS, 2011, p.272-284). Diz Ricardo Luis Lorenzetti (2009, p.184) que o juiz, numa sociedade pluralista, não deve substituir as decisões da maioria por suas próprias convicções, "mas tratar de reforçar os procedimentos para que estas se expressem (posição procedimental)", situação que merece maior destaque quando em tela a incidência direta dos princípios constitucionais, já que não houve prévia ponderação do Legislativo.

el colectivo, debido a la dificultad de permanecer fiel a la representación de los intereses de otros y ser imparcial." Ainda, ao trabalhar o alcance da democracia deliberativa, Nino (p.180) condiciona o seu maior êxito à observância das seguintes condições: "*que todas las partes interesadas participen en la discusión y decisión; que participen de una base razonable de igualdad y sin ninguna coerción; que puedan expresar sus intereses y justificarlos con argumentos genuínos; que el grupo tenga una dimensión apropiada que maximice la probabilidad de un resultado correcto; que no haya ninguna minoría aislada, pero que la composición de las mayorías y minorías cambie con las diferentes materias; que los individuos no se encuentren sujetos a emociones extraordinarias."*

4 DECISÕES JUDICIAIS, SEGURANÇA JURÍDICA E O TEMPO DO PROCESSO

Os princípios constitucionais são normas jurídicas, imperatividade que assegura a invocação desses preceitos na solução de casos concretos independentemente de mediação legislativa ou ainda quando deficitária a regulamentação infraconstitucional. Os princípios constitucionais estão abertos à(s) moralidade(s), de modo que os desacordos sociais necessariamente são reproduzidos na esfera judicial. O método interpretativo empregado, diferentemente da subsunção, agora decorre de uma ponderação intraprincípios ou mesmo de um sopesamento entre princípios constitucionais colidentes, revelando-se mais claro o caráter argumentativo do direito. Enfim, sem desprestígio às conquistas neoconstitucionalistas, uma das importantes janelas do direito constitucional contemporâneo, é verdade que esse somatório direciona o debate para a necessária revisitação dos primados da segurança jurídica³⁰⁶, na

³⁰⁶ Humberto Ávila (2012, p.203-250) destaca os fundamentos diretos e indiretos da segurança jurídica na Constituição Federal de 05/10/1988. Entre os primeiros, o autor cogita de uma proteção geral da segurança, retirando-a do preâmbulo, como também do art. 5.º, *caput*, da Constituição. Diz: "As considerações anteriores demonstram que a previsão da 'segurança' no 'Preâmbulo' e no *caput* do art. 5.º qualifica-se como proteção da segurança *jurídica* como segurança *do* Direito e segurança *pelo* Direito, do *cidadão frente* ao Estado, a ser realizada pelo Estado por meio de regras, de atos e de procedimentos capazes de efetivar a segurança como *direito individual* e como *valor social*." (p.208). Em relação aos fundamentos indiretos, retira-os por dedução, notadamente ao princípio do Estado de Direito; ou por indução, podendo, no particular, ser feita referência à legalidade. Aqui, em atenção aos desdobramentos da tese, merece referência a concepção de segurança jurídica à luz do princípio da igualdade. Explica Humberto Ávila: "Isso ocorre principalmente de dois modos. De um lado, pelo dever de igualdade perante a lei: como normas, gerais e abstratas, devem ser aplicadas de maneira uniforme e impessoal, sem a consideração da pessoa, os cidadãos que se encontram em situação equivalente deverão receber igual tratamento. Ao serem gerais e abstratas, as normas fornecem parâmetros fixos de comportamento para os destinatários, permitindo que eles possam antecipar as consequências de suas ações e os comportamentos dos demais cidadãos. Sendo assim, o conhecimento de um ato administrativo ou de uma decisão administrativa ou judicial cria para o cidadão a expectativa de que, ocorrendo caso similar, idêntica solução deverá ser adotada. Dessa exigência de uniformidade aplicativa, decorrente da igualdade, podem ser deduzidos os elementos da confiabilidade e calculabilidade que compõem a segurança jurídica: de confiabilidade, porque o dever de aplicação uniforme gera o dever de manutenção da mesma decisão para casos iguais, favorecendo a estabilidade e vinculatividade do Direito; de calculabilidade, visto que o cidadão pode prever a mesma solução para casos iguais, planejando suas atividades ao saber que, praticando o mesmo ato, a ele deverá ser atribuída idêntica consequência." (p.229-230). Em sentido próximo, as considerações de J. J. Gomes Canotilho (2002, p.424), na perspectiva de que o princípio da igualdade compreende: (i) a igualdade na aplicação da lei; e (ii) a igualdade na criação da lei. A primeira vertente é revelada pela incidência do comando normativo àqueles que estão em iguais condições, ao passo que a segunda impõe, na elaboração da lei, seja essa igualdade materialmente contemplada (deve fazer parte do conteúdo da legislação).

medida em que a imprevisibilidade e a instabilidade das decisões judiciais contribuem para o descrédito do direito.³⁰⁷ Se é verdade que o neoconstitucionalismo não significa um incondicionado retorno às posições jusnaturalistas (MAIA, 2009, p.123), é também verdade que os seus principais contornos fragilizaram ainda mais a segurança jurídica, constatação última que não legitima abandonar as tentativas de racionalização na aplicação do direito³⁰⁸, já que as arbitrariedades praticadas pelo juiz, a exemplo daquelas materializadas pelo legislador, são igualmente merecedoras de censura. Em outros termos, a dificuldade de harmonização entre o subjetivismo potencializado pelo neoconstitucionalismo e a objetividade ainda esperada do direito não justifica que sejam abandonados os esforços para melhorá-la.³⁰⁹ Então, por isso, a tese está voltada à racionalidade e ao controle das decisões judiciais que aplicam diretamente princípios constitucionais, explícitos ou implícitos, preocupando-se, finalmente, com o tempo do processo.

A segurança jurídica trabalha ao menos duas dimensões: subjetiva e objetiva. A primeira consiste na previsibilidade gerada em relação aos destinatários e operadores da norma, uma vez que se volta à prévia visualização dos efeitos para determinados

³⁰⁷ Uma das finalidades do direito é a estabilização (FERRAZ JR., 1994, p.32) ou, como ensina Cândido Rangel Dinamarco (2001d, p.1145), "toda a ordem jurídica tem a missão e a responsabilidade de definir situações e gerar clima de confiança das pessoas e grupos quanto aos seus direitos, deveres e obrigações, seja para exercê-los e cumpri-los, adequadamente, seja para poderem prever consequências do descumprimento próprio ou alheio. Tal é o valor da segurança, indispensável ao convívio social harmonioso e civilizado." Aliás, para Paulo de Barros Carvalho (2011, p.281), a certeza do direito está situada na própria raiz do dever-ser.

³⁰⁸ Não se ignora que a falta de objetividade ou de previsibilidade possuem raízes mais profundas. Diz Luís Roberto Barroso (2011a, p.370): "Em suma, o controle da racionalidade, correção e justiça do discurso jurídico suscita questões diversas e complexas, que envolvem a compreensão do Direito, a seleção dos fatos e o exame das diversas soluções possíveis. Desnecessário dizer que se vive um tempo de perda na objetividade e na previsibilidade da interpretação em geral, com redução da segurança jurídica (ou da antiga percepção de segurança jurídica, que talvez fosse superestimada). Atente-se, porém, que as diferentes categorias da nova interpretação, [...], não são a causa da insegurança. Justamente ao contrário, procuram elas lidar racionalmente com as incertezas e angústias da pós-modernidade – marcada pelo pluralismo de concepções e pela velocidade das transformações – e de uma sociedade de massas, de riscos e de medos."

³⁰⁹ No particular, as considerações de Laurence Tribe e Michael Dorf (2007, p.85-86): "Citando um antigo teórico, o juiz federal Robert Bork escreveu que a supervalorização da análise judicial de leis que provocam danos às 'minorias discretas e isoladas' possibilitará 'que os Juízes leiam na Constituição suas próprias prioridades e preferências sociais.' Não há dúvidas de que Bork tem razão pelo menos em um sentido: por serem humanos, os juízes da Suprema Corte não são capazes de fazer uma separação efetiva entre seus sentimentos íntimos e as prioridades que os deveriam mover, sendo que a subjetividade dessas prioridades e preferências é modelada pela sociedade. No entanto, uma coisa é reconhecer os limites da objetividade humana, e outra muito diferente é abandonar o esforço de melhorá-la."

comportamentos. Expectativas são criadas, de modo que o direito reagirá em determinado sentido na hipótese de ocorrer uma específica situação.³¹⁰ A segunda, da qual naturalmente decorre a primeira, pressupõe que sejam atendidos alguns requisitos, dentre os quais se destacam a estabilidade e a clareza das soluções jurídicas (VIGO, 2010, p.276). À evidência, a estabilidade não pressupõe estagnação ou imutabilidade, mas apenas exige que as alterações não sejam violentas ou improvisadas (ÁVILA, 2012, p.131). A previsibilidade do direito, se antes passava pela lei (positivismo legalista), hoje transita pela estabilidade das decisões judiciais (neoconstitucionalismo). Então, ao lado da necessária cautela na concretização dos princípios constitucionais, mediante a adoção de uma mínima metodologia, um denso controle da atividade judicial é também exigido. As súmulas de efeitos vinculantes reivindicam essa incumbência, porém, rigorosamente, a noção de precedentes obrigatórios mais adequadamente responde a tarefa. Explica Leonor Moral Soriano (2002, p.128-129):

Seguindo las anteriores pautas, la filosofía del Derecho ha elaborado distintos modelos explicativos de la relevancia de los precedentes que básicamente se podrían ordenar bajo dos tipos de argumentos. Por un lado, el denominado argumento pragmático y, por outro, el argumento de justicia formal. Según el primero, la razón para seguir los precedentes se encuentra en los beneficios que con ello se obtienen: la uniforme aplicación de las leyes, la economía procesal, la predicción de las decisiones judiciales, la seguridad jurídica y el prestigio de los jueces y tribunales, entre otros. Según el argumento de justicia formal, la razón para seguir los precedentes es el principio de igualdad, es decir, que casos iguales requieren un tratamiento semejante.

O direito europeu continental depositou a certeza do direito na existência e no cumprimento da lei³¹¹, concepção que parcialmente sucumbiu. Com o surgimento do Estado constitucional e subsequente impregnação da ordem jurídica pela Constituição essa concepção se tornou ainda mais rarefeita, isso porque as leis não esgotam as

³¹⁰ Segundo Humberto Ávila (2012, p.131-132), na medida em que a segurança jurídica exige uma elevada capacidade de prever consequências jurídicas, o uso da palavra "calculabilidade" se mostra mais adequado.

³¹¹ Explica Paolo Grossi (2008, p.54): "A cifra aqui assinalada e sublinhada (redução do direito à lei) não é expressiva de um desenvolvimento mundial da modernidade jurídica e nem mesmo da inteira Europa; é, ao contrário, uma cifra que diz respeito exatamente aos Estados do continente europeu onde os efeitos da Revolução francesa se fazem sentir incisivamente, onde impera o estatismo jurídico e onde, cedo ou tarde, o direito sofre a redução sistematizadora mas também ossificadora da codificação."

exigências sociais e estão sujeitas a criterioso controle de constitucionalidade (formal e material). Aliás, porque vinculante, a Constituição até mesmo independe de legislação regulamentadora. Então, como compatibilizar a força do direito (previsibilidade e estabilidade) com as deficitárias ou inexistentes amarras legais? O caminho reside necessariamente no fortalecimento dos precedentes, notadamente na sua força vinculante. É fundamental que o sistema *civil law*, não obstante a priorização conferida à legislação, igualmente atribua deferência aos precedentes, convergência que pode apresentar bons resultados.³¹² Ademais, como decorrência do neoconstitucionalismo, é certo que não existe uma profunda incompatibilidade entre a atividade do juiz do *commow law* e do juiz do *civil law* (MARINONI, 2009, p.187), sem dizer que uma aproximação maior entre os sistemas é cada vez mais reivindicada (CAPPELLETTI, 1993, p.116; DAVID, 2000, p.13; TARUFFO, 2003, p.141-158; PERELMAN, 2005, p.570; LOSANO, 2007, p.345); aliás, essa identidade de atuação é ainda mais forte quando, na espécie, o juiz do *civil law* aplica diretamente os princípios constitucionais.

Não é crível que as situações idênticas ou assemelhadas sejam diferentemente tratadas e que, mesmo diante do enfrentamento da questão pela mais alta Corte, após substancial observância do devido processo legal, ainda permaneça a incerteza ou a imprevisibilidade sobre a tese jurídica discutida. Esse panorama alimenta um modelo de argumentação *ad hoc* que em nada contribui para a redução do "efeito-surpresa das decisões" (NEVES, 2010, p.212), de modo que a ordem jurídica nacional há muito dá sinais de que a previsibilidade deve ser encontrada no fortalecimento das decisões judiciais. É possível invocar alguns exemplos³¹³: o

³¹² A ideia de precedentes vinculantes não é privativo do sistema *commow law* (MARINONI, 2010, p.33-35). Ainda Cruz e Tucci (2004, p.23): "Por paradoxal que possa parecer, vem assinalado que, sob o prisma da história do direito moderno, os sistemas de direito codificado também conheceram, além da força natural dos precedentes persuasivos, precedentes com eficácia vinculante, sendo certo que entre estes sobressaía a jurisprudência de cortes superiores (precedentes verticais), como, *e.g.*, os *arrêts de règlement* do Parlamento francês; os julgamentos das 'causas maiores' da Rota Romana, da Itália pré-unitária; o regime de *assentos* da Casa de Suplicação em Portugal; o *prejulgado* trabalhista no Brasil; e, ainda hoje, o controle exercido pelo Tribunal Constitucional espanhol sobre as decisões que contrariam *precedentes judiciais*; e a inusitada regra constante do art. 1.º, al. 2, do Código Civil suíço, que outorga ao juiz, diante da lacuna da lei, o poder de criar a regra aplicável ao caso concreto."

³¹³ Esse rápido inventário objetiva demonstrar que a tradição brasileira, não obstante a filiação ao sistema *civil law*, dá mostras de que a resistência ao sistema de precedentes obrigatórios já foi mais forte. A relevância atribuída à jurisprudência (e não a um sistema de precedentes) também

art. 557, *caput*, e § 1.º-A, do CPC (redação atribuída pela Lei n.º 9.756/98), autoriza que o relator monocraticamente negue provimento a recurso que esteja em confronto com súmula ou jurisprudência dominante do Supremo Tribunal Federal ou, ainda, que se dê provimento a recurso quando, contrário à súmula ou jurisprudência dominante daquela Corte, é a decisão recorrida; o art. 518, § 1.º, do CPC (redação dada pela Lei n.º 11.276/06) permite que o juiz não receba o recurso de apelação quando a decisão estiver em conformidade com súmula do Superior Tribunal de Justiça e do Supremo Tribunal Federal (súmulas impeditivas de recursos); os arts. 543-B, *caput*, e § 3.º, e 543-C, *caput*, e § 7.º, incisos I e II, do CPC, na hipótese de recursos repetitivos e após o julgamento da controvérsia pelo Supremo Tribunal Federal (art. 543-B) ou pelo Superior Tribunal de Justiça (art. 543-C), concebe que essa decisão torne prejudicados os recursos sobrestados na origem; por fim, para que se fique apenas no âmbito do processo subjetivo, a súmula de efeitos vinculantes, instituto trazido pela EC n.º 45/04 (art. 103-A da Constituição Federal), regulamentada pela Lei n.º 11.417/06, e que prevê, para as hipóteses de não cumprimento do enunciado, até mesmo o cabimento da reclamação.

Em palavras diferentes, o sistema de precedentes obrigatórios sugere um arranjo que poderá contribuir para o restabelecimento da previsibilidade e estabilidade do direito, sem, contudo, obstaculizar a necessária evolução. A incorporação do sistema de precedentes, se bem caracterizada, é muito menos traumática do que a adoção de súmulas de efeitos vinculantes e, acima de tudo, muito mais eficiente que a prática atual em que a "jurisprudência" é aplicada mediante uma exclusiva (e seletiva) referência às ementas.³¹⁴ O fundamental está na contextualização e na

foi uma das apostas do anteprojeto de Código de Processo Civil, preferência, inclusive, já evidenciada na exposição de motivos (item 4.1.2). Inclusive, nessa esteira, é possível afirmar que o desenho institucional do Judiciário brasileiro é compatível com a incorporação do sistema de precedentes (Cf. BUSTAMANTE, 2012, p. 308).

³¹⁴ Esclarece Maurício Ramires (2010, p.49): "O caminho mais curto para o esquecimento do mundo concreto e para o encobrimento dos fatos da vida é a busca de lições jurídicas em meros verbetes ou ementários jurisprudenciais, em vez de acórdãos ou decisões judiciais completas (que ao menos são dotados obrigatoriamente de um relatório do processo, com um resumo do caso decidido). É sabido que dentre as mais consultadas obras jurídicas na prática forense estão os códigos comentados, que apresentam inúmeros verbetes à guisa de ilustrar a 'interpretação jurisprudencial' de cada artigo. Tais verbetes são enunciados de, quando muito, duas ou três linhas, que ganham ali total independência do contexto para o qual foram originalmente redigidos. As ementas, por sua vez, são resumos dos julgamentos que, por definição, são elaborados nos termos mais gerais que se fizeram possíveis." Não são outras as preocupações de Humberto Theodoro Júnior, Dierle Nunes e Alexandre Bahia (2011, p.760) ao cogitarem dos riscos de uma

adequada identificação da *ratio decidendi*, ou seja, não há problema em seguir os precedentes obrigatórios (*stare decisis*) ou em diferenciá-los quando necessário (*distinguishing*), mas, antes, ele reside em aplicá-los em contexto diverso, como um princípio ou regra jurídica carregada de ínsita abstração e autonomia.

4.1 A PREVISIBILIDADE E A ESTABILIDADE NA APLICAÇÃO DOS PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS

A aplicação dos princípios constitucionais almeja previsibilidade e estabilidade, decorrendo daí a maior idoneidade dessa espécie normativa. Essa leitura não apenas torna efetivo o direito da parte (tutela subjetiva de direitos), como também estabelece parâmetros objetivos para a solução de casos semelhantes (eficácia dos precedentes). Sendo assim, para além de uma efetividade interna, busca-se por uma efetividade externa, com a subsequente redução da dispersão entre as decisões judiciais, notadamente se o entendimento veiculado estender efeitos para os demais órgãos da estrutura judiciária (eficácia vertical dos precedentes). O sistema de precedentes é importante tanto para reduzir a indeterminação dos princípios constitucionais como para estabilizar as colisões intra e interprincípios (BUSTAMANTE, 2012, p.351-352). Antes de prosseguir, porém, algumas distinções são exigidas.

De regra, a súmula não vincula e pode ser criada em qualquer instância colegiada (CPC, art. 479).³¹⁵ Ela, como decorrência de uma pluralidade de decisões,

"*commow law* à brasileira", ou seja, da implementação do sistema de precedentes desconectado das "questões, debates e teses que lhes deram origem".

³¹⁵ Explica Miguel Reale (2001, p.173): "Acrescenta o novo Código de Processo Civil, consagrando e estendendo a todos os tribunais do País o que já era norma vigente no Supremo Tribunal Federal, que o julgamento, tomado pelo voto da maioria absoluta dos membros que integram o tribunal, será objeto de súmula e constituirá precedente na uniformização da jurisprudência." A súmula, anota Cândido Rangel Dinamarco (2001d, p.1132), surgiu como anexo do Regimento Interno do STF, em obediência ao disposto no título III, capítulo XX, conforme emenda aprovada em 28 de agosto de 1963. Atualmente, ela encontra receptividade no art. 102 do RISTF, ao passo que as súmulas de efeitos vinculantes encontram regulamentação regimental no art. 354. Ainda Cruz e Tucci (2004, p.243): "A Emenda Constitucional de 28 de agosto de 1963 abriu a possibilidade para que o Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal instituísse as denominadas *súmulas da jurisprudência dominante*, como resultado do julgamento da maioria absoluta dos membros que integram a corte, cuja tese jurídica é condensada em enunciado que então se transforma em *precedente* de uniformização de jurisprudência."

consolida o entendimento predominante da Corte, mas, pela concisão e abstração, o enunciado não retrata os fatos que lhe deram origem ou embasamento. Então, a rigor, para que possa servir de precedente obrigatório é preciso investigar as circunstâncias concretas que a motivaram (MARINONI, 2010, p.218). José de Albuquerque Rocha (2009, p.56), inclusive, afirmava que "o juiz fica impossibilitado de confrontar os fatos do processo sob seu julgamento com os fatos que deram origem à súmula" e, se assim é, a observância do enunciado decorre mais da submissão ao princípio hierárquico que preside a organização judiciária. No entanto, é preciso mais, na medida em que a uniformidade na aplicação do direito, função primordial das Cortes de superposição, não pode se fazer desacompanhada da necessária contextualização. Ensina Michele Taruffo (2011b, p.143): "em regra, os textos que constituem a nossa jurisprudência não incluem os fatos que foram objeto das decisões, por isso a aplicação da regra formulada em uma decisão precedente não se funda sobre analogia dos fatos, mas sobre subsunção da *fattispecie* sucessiva em uma regra geral."

A súmula de efeitos vinculantes, instrumento inaugurado pela EC 45/04 (redação atribuída ao art. 103-A, da CF), observados os requisitos para iniciativa, elaboração e aprovação, produzirá obrigatórios efeitos em relação aos demais órgãos do Judiciário, admitindo-se, ainda, a reclamação nas hipóteses de descumprimento do comando (CF, art. 103-A, § 3.º). É de compulsória observância e de exclusiva competência do Supremo Tribunal Federal, mas também aqui é necessário descortinar as concretas circunstâncias que a ensejaram, pois, do contrário, evidencia-se uma vedada restrição de acesso à justiça. A súmula de efeitos vinculantes, explica Gilmar Ferreira Mendes, "ao contrário do que ocorre no processo objetivo, decorre de decisões tomadas em casos concretos, no modelo incidental, no que também existe, não raras vezes, reclamo por solução geral" (MENDES; COELHO; BRANCO, 2010, p.1251-1252). Desse modo, a crítica dirigida é a mesma, já que uma eventual autonomia, divorciada dos fatos, sugere aplicação muito diferente daquela inicialmente encampada pelo Supremo Tribunal Federal.

O precedente vinculante decorre de dois discursos atribuídos à decisão judicial.³¹⁶ Num primeiro momento, ele define a controvérsia entre as partes (coisa julgada); noutro, oportuniza que a questão jurídica objeto da decisão judicial sirva de parâmetro para a solução de casos futuros e assemelhados (RE, 1994, p.47-48). Embora não haja confusão entre *commow law* e *stare decisis* (MARINONI, 2009, p.183), é possível afirmar que o sistema de precedentes no *commow law* é qualificado pela doutrina do *stare decisis*, ou seja, à criação judicial incorpora-se a força obrigatória.³¹⁷ Como afirmou Ovídio Baptista da Silva (1996, p.105), na Inglaterra, como ocorreu na Europa continental, havia também a preocupação com a segurança jurídica, mas, diferentemente da codificação, os ingleses optaram pelo sistema de precedentes.³¹⁸ Na Inglaterra – ainda explica Giovanni Tarello (1976, p.69) – foi atribuído "*grande peso agli organi giudiziari, rese possibile il privilegiamento dell'interpretatio e la consolidazione e cristallizzazione dei precedenti giudiziari.*"

³¹⁶ Explica Daniel Mitidiero (2012, p.62): "A decisão judicial – desde que assentada à interpretação como outorga de sentido ao texto e como reconstrução da ordem jurídica – abre oportunidade para que a partir dela a doutrina realize um duplo discurso: um *discurso voltado para o caso concreto* e um *discurso para a ordem jurídica*. [...]. Vale dizer: *fundamentação e precedente são dois discursos jurídicos, com endereços e funções distintas, a que dá azo à decisão judicial no Estado Constitucional.*"

³¹⁷ Toni M. Fine (2011, p.67) ensina que uma característica elementar do *commow law*, embora não originária, "é a doutrina do precedente, pela qual os juízes utilizam princípios estabelecidos em casos precedentes para decidir novos casos que apresentam fatos similares e levantem questões legais semelhantes. Os juízes com frequência estabelecem regras que possuem um impacto que se estende para além das partes em um caso particular. Essa tendência em seguir casos decididos anteriormente é chamado de *stare decisis*, que vem do vocábulo latino *stare decisis et non quieta movere* (manter decisões e não alterar questões já definidas)."

³¹⁸ Ainda Paolo Grossi (2008, p.55): "Se (na Europa continental que sofreu os efeitos da Revolução) se trata de voltar-se contra o antigo regime e os seus originários marcos medievais; se aqui se quer construir um edifício jurídico completamente novo (ou pretensamente novo), rompendo com o passado que é condenado ao sótão das velharias, na Inglaterra a história jurídica ocorre sob a insígnia da continuidade, e sobretudo a Idade Média persiste a viver no auge da Idade Moderna com seus valores intactos e com o seu inconfundível modo de intuir e exprimir a juridicidade. Aproximadamente, mas não incorretamente, pode-se dizer que no fundo do *commow law* base um coração medieval. O seu traço mais peculiar é, de fato, que o direito seja coisa de juristas e que não pode ser senão a ordem dos juristas a fixá-lo e exprimi-lo, além de garantir-lhe o desenvolvimento com relação às necessidades de uma sociedade em crescimento; e isto é tipicamente medieval."

A adoção do precedente obrigatório exige cuidadosa análise, não apenas dos fatos, como também das teses jurídicas debatidas (RE, 1994, p.49). A reiteração das decisões não é exigida para a formação do precedente, ainda que se possa falar em precedente como decorrência de uma conjugada leitura de decisões judiciais (CARDOZO, 2004a, p.32). Dito de outro modo, a formação do precedente pressupõe uma única decisão judicial, porém, desde que enfrente os principais argumentos relacionados à questão de direito aplicável à situação fática (MARINONI, 2010, p.216). A força obrigatória decorre do prestigiamento da *ratio decidendi* ou do núcleo da decisão, elemento, aliás, inteiramente compatível quando em discussão matéria de envergadura constitucional (MARINONI, 2010, p.76).³¹⁹

4.1.1 O atual CPC e o sistema de precedentes

O CPC atual, por conta das inúmeras e reiteradas reformas, em muito prestigiou a "jurisprudência", mas não se pode falar que o sistema de precedentes tenha sido incorporado à ordem jurídica brasileira. Houve inequívoca deferência às súmulas, assim como a jurisprudência dominante dos tribunais recebeu distinção, mas de um típico sistema de precedentes ainda não se cogita. Os dispositivos a seguir examinados demonstram uma tendência, mas uma tendência que longe está de assegurar uma plena e efetiva compatibilização vertical das decisões judiciais.

³¹⁹ É interessante notar que os Estados Unidos da América, não obstante o prestígio ao sistema de precedentes (origem inglesa), também concebeu a noção de Constituição como norma escrita e hierarquicamente superior, de modo que adoção do *stare decisis* em matéria constitucional não foi imediata. John Gilissen (2011, p.216-217) assim discorre sobre o sistema norte-americano: "Os Estados Unidos da América são países de *commow law*. A Inglaterra só tinha no entanto colonizado uma parte da costa atlântica; quando as 13 colônias inglesas se tornam, em 1776, os 13 primeiros Estados federados, estes conservam o *commow law* como base do seu sistema jurídico; e impõem-se aos outros Estados à medida que se vão incorporando na federação (v. documento n.º 6, p.220). E isto apesar da longa influência do direito espanhol em algumas regiões (Flórida, Califórnia, Texas), do direito francês noutras (região do Mississípi); só o Estado da Luisiana conservou um sistema mais ou menos romanista de direito. Separados da Inglaterra desde há dois séculos, os Estados Unidos conheceram uma evolução diferente do seu sistema jurídico nos séculos XIX e XX, sobretudo devido a um grande respeito pelas suas constituições escritas e as suas leis."

Dentre essas importantes investidas está art. 557, *caput*, do CPC (redação atribuída pela Lei n.º 9.756/98), normativo que autoriza o relator, monocraticamente, a não conhecer de recurso quando manifestamente inadmissível ou mesmo desprovê-lo quando contrário à súmula ou jurisprudência dominante do Supremo Tribunal Federal.³²⁰ Aliás, nos termos do § 1.º-A, fica também franqueado ao relator dar provimento ao recurso quando a decisão recorrida estiver em confronto com súmula ou jurisprudência dominante daquele tribunal, hipóteses que se aplicam a qualquer modalidade recursal e que igualmente alcançam a compulsória remessa (Súmula 253/STJ).³²¹ O dispositivo pressupõe minimamente uma "jurisprudência dominante", mas não há que se falar em vinculação nem mesmo em segundo grau de jurisdição. Trata-se de precedentes persuasivos, de modo que a súmula ou a jurisprudência dominante, ainda que provenientes do STF, não impedem que diante de matérias idênticas possam os juízes entender diversamente, isso por força da independência atribuída aos juízes.

De outro lado, o art. 518, § 1.º, do CPC (redação atribuída pela Lei n.º 11.276/06)³²², autoriza que o juiz – no exercício do provisório juízo de admissibilidade – possa não receber o recurso de apelação "quando a sentença estiver em conformidade com súmula do Superior Tribunal de Justiça ou do Supremo Tribunal Federal". Sendo assim, o óbice colocado ao conhecimento do recurso decorre da convergência entre o teor da sentença e o contido em súmula

³²⁰ Cogitou-se exclusivamente do Supremo Tribunal Federal, mas o dispositivo também alcança as súmulas e a jurisprudência dominante dos tribunais estaduais, tribunais regionais federais e Superior Tribunal de Justiça.

³²¹ Como explica Cândido Rangel Dinamarco (2001c, p.1100-1101), "o notório e angustiante congestionamento do Poder Judiciário vem conduzindo o processo civil brasileiro por tentativas e caminhos novos que incluem o reforço dos poderes do relator, em associação com meios e modos de valorizar os precedentes judiciais consolidados. Herdeiro e continuador das práticas estabelecidas no Código de Processo Civil de 1939, o vigente Código manteve postura tradicional daquele e deu continuidade à competência dos órgãos colegiados (plenários ou órgãos fracionários – câmaras etc.) para o julgamento dos recursos e causas de competência originária dos tribunais."

³²² Mais uma advertência: quando se falar em anteprojeto ou redação originária, a referência é feita à redação concebida pela comissão responsável pela elaboração do novo CPC; já quando se falar do Projeto do Senado, quer-se fazer alusão à redação emergente do Relatório-geral elaborado pelo Senador Valter Pereira. Pois bem, esse dispositivo não foi reproduzido no anteprojeto do novo CPC (art. 926), isso porque o juízo de admissibilidade da apelação passa a ser de exclusiva responsabilidade do Tribunal *ad quem*. Constou ainda do art. 966 do Relatório-geral do Senador Valter Pereira ou do Projeto do Senado: "A apelação será interposta e processada no juízo de primeiro grau; intimado o apelado e decorrido o prazo para resposta, os autos serão remetidos ao tribunal, onde será realizado o juízo de admissibilidade."

dos tribunais superiores (súmulas impeditivas de recursos). Contudo, numa tentativa de compatibilização vertical das decisões judiciais, foram as súmulas prestigiadas (e não necessariamente o sistema de precedentes). Insista-se: mesmo diante de súmula do STF, a rigor, está o juiz autorizado a decidir de modo diverso. Todavia, se o fundamento da sentença guardar direta convergência com eventual súmula do STF, interposta a apelação, caso é de não conhecimento do recurso (no tribunal, em hipótese dessa natureza, poderá o relator se valer da franquia estabelecida pelo art. 557, *caput*, e § 1.º-A, do CPC).

O art. 285-A do CPC (redação atribuída pela Lei n.º 11.277/06)³²³ permite que o juiz, independentemente de citação do réu, julgue improcedente o pedido veiculado pelo autor quando "no juízo já houver sido proferida sentença de total improcedência em outros casos idênticos" e desde que a matéria seja exclusivamente de direito. Trata-se de julgamento liminar de mérito, oportunidade em que o juiz apenas reproduz decisão anteriormente proferida. É dirigido exclusivamente aos casos de improcedência e, a rigor, subsidia essa improcedência a simples existência de outros julgados do juízo. Não há exigência de súmulas e nem mesmo de jurisprudência dominante, e por isso as procedentes observações doutrinárias.³²⁴ É criado um sistema localizado, que não atende à ideia de sistema.³²⁵

³²³ A inovação processual é objeto da ADI n.º 3.695/DF, rel. Min. Cezar Peluso, ainda sem julgamento.

³²⁴ Parece ter razão Cássio Scarpinella Bueno (2007, p.128) quando ensina que "uma melhor interpretação para o dispositivo, assim, é a de que, sistematicamente, a 'sentença do juízo' nele referida é que ela seja a sentença que aplique, em cada caso concreto, o entendimento consolidado dos Tribunais Superiores ou, quando menos, dos Tribunais recursais respectivos." Não são outras, aliás, as observações de Luiz Rodrigues Wambier, Tereza Arruda Alvim Wambier e José Miguel Garcia Medina (2006, p.65-66) ao pugnarem por uma interpretação sistemática do invocado dispositivo: Textualmente: "*De fato, não há, textualmente, na referida norma, sequer a exigência de que o entendimento adotado na sentença copiada tenha sido confirmado por órgão recursal que seja superior àquele que proferiu a sentença.*" Contenta-se o novo art. 285-A, tão-somente, com que anteriormente 'tenha sido proferida sentença de total improcedência em outros casos idênticos'. Entendemos, no entanto, que esta interpretação literal e isolada, dissociada das outras normas jurídico-processuais relativas ao tema, deve ser afastada. Uma orientação que permitisse a reiteração de 'jurisprudência do próprio juízo', ainda que contrária à orientação fixada em Tribunais Superiores, segundo pensamos, não se coaduna com os valores que justificam a adoção do sistema de súmulas vinculantes em um sistema jurídico: segurança e previsibilidade."

³²⁵ No anteprojeto do novo CPC e no Projeto do Senado a questão foi diferentemente tratada (item 4.1.2).

O art. 543-B, § 3.º, do CPC (redação atribuída pela Lei n.º 11.418/06), determina que nas hipóteses de recursos repetitivos (idêntica controvérsia), reconhecida a repercussão geral e julgado o mérito do recurso extraordinário, as instâncias ordinárias declarem prejudicados os recursos pendentes (se e quando os acórdãos forem convergentes com a tese recepcionada pelo STF) ou mesmo que exerçam o juízo de retratação (se porventura os acórdãos divergirem da tese recepcionada pelo STF). Em não havendo retratação (§ 4.º), a questão será uma vez mais enfrentada pelo STF. Também aqui não há vinculação, de modo que o tribunal ordinário – mesmo diante do entendimento contrário manifestado pelo Supremo Tribunal Federal – poderá manter o divergente posicionamento.³²⁶

4.1.2 O anteprojeto do novo CPC e o sistema de precedentes

O anteprojeto do novo CPC estabeleceu aproximação ainda maior com a "jurisprudência", mas isso também não significa que o sistema de precedentes tenha sido integralmente adotado. Aliás, essa maior comunicação é extraída diretamente da exposição de motivos.³²⁷ Daí o exame de algumas dessas inovações: (i) da

³²⁶ O anteprojeto do novo CPC (art. 957) vinculou as instâncias ordinárias. Textualmente: "Publicado o acórdão, os recursos sobrestados na origem: I - não terão seguimento se o acórdão recorrido coincidir com a orientação da instância superior; ou II - serão novamente julgados pelo tribunal de origem, observando-se a tese firmada, independentemente de juízo de admissibilidade, na hipótese de o acórdão recorrido divergir da orientação da instância superior." No entanto, o Projeto do Senado inseriu parágrafo convergente com a sistemática atual (sem vinculação): "Art. 994. Publicado o acórdão paradigma: I- os recursos sobrestados na origem não terão seguimento se o acórdão recorrido coincidir com a orientação da instância superior; ou II - o tribunal de origem reapreciará o recurso julgado, observando-se a tese firmada, independentemente de juízo de admissibilidade do recurso especial ou extraordinário, na hipótese de o acórdão recorrido divergir da orientação da instância superior. § 1.º Mantido o acórdão divergente pelo tribunal de origem, far-se-á o exame de admissibilidade do recurso especial ou extraordinário." A vinculação, todavia, persiste em relação ao primeiro grau de jurisdição: "Art. 995. Sobrevindo, durante a suspensão dos processos, decisão da instância superior a respeito do mérito da controvérsia, o juiz proferirá sentença e aplicará a tese firmada."

³²⁷ "Por outro lado, haver, indefinidamente, posicionamentos diferentes e incompatíveis, nos Tribunais, a respeito da mesma norma jurídica, leva a que jurisdicionados que estejam em situações idênticas, tenham de submeter-se a regras de conduta diferentes, ditadas por decisões judiciais emanadas de tribunais diversos. Esse fenômeno fragmenta o sistema, gera intranquilidade e, por vezes, verdadeira perplexidade na sociedade. Prestigiou-se, seguindo-se direção já abertamente seguida pelo ordenamento jurídico brasileiro, expressado na criação da Súmula Vinculante do

rejeição liminar da demanda; (ii) da tutela de evidência; e (iii) do incidente de resolução de demandas repetitivas.

A rejeição liminar da demanda ou a improcedência liminar do pedido³²⁸ modifica o disposto no atual art. 285-A do CPC, de modo que a nova redação permitirá que o juiz, no limiar do processo, julgue improcedente o pedido do autor quando: (i) contrariar súmula do Supremo Tribunal Federal ou do Superior Tribunal de Justiça; (ii) contrariar acórdão proferido pelo Supremo Tribunal Federal ou pelo Superior Tribunal de Justiça em julgamento de recursos repetitivos; ou, ainda, (iii) contrariar entendimento firmado em incidente de resolução de demandas repetitivas (essa hipótese receberá tratamento no âmbito próprio). Altera-se, em atendimento às críticas doutrinárias, substancialmente o art. 285-A do CPC. Então, independentemente da citação do réu, o juiz poderá julgar improcedente o pedido quando contrário à súmula dos tribunais superiores ou mesmo quando divergente de acórdão proferido no julgamento de recursos repetitivos. Agora, não apenas as súmulas, mas também os acórdãos que examinam recursos repetitivos serão prestigiados, hipótese última que – muito embora marcada pela estreiteza – se aproxima ainda mais do sistema de precedentes.

A tutela de evidência sugere alguns esclarecimentos. Esse instituto está pautado pelo princípio da isonomia, na perspectiva de que o tempo do processo deve ser paritariamente dividido entre as partes, independentemente da urgência (MARINONI; MITIDIERO, 2010, p.106). O art. 285 do anteprojeto (Projeto do Senado, art. 278), para além do contido no parágrafo único (pedido reipersecutório), prevê as hipóteses de cabimento em quatro incisos, sendo que os dois primeiros encampam situações antes reservadas à antecipação dos efeitos da tutela, ou seja, cabível a

Supremo Tribunal Federal (STF) e do regime de julgamento conjunto de recursos especiais e extraordinários repetitivos (que foi mantido e aperfeiçoado) tendência a criar estímulos para que a jurisprudência se uniformize, à luz do que venham a decidir tribunais superiores e até de segundo grau, e se estabilize. Essa é a função e a razão de ser dos tribunais superiores: proferir decisões que moldem o ordenamento jurídico, objetivamente considerado. A função paradigmática que devem desempenhar é inerente ao sistema. Por isso é que esses princípios foram expressamente formulados. Veja-se, por exemplo, o que diz o novo Código, no Livro IV: 'A jurisprudência do STF e dos Tribunais Superiores deve nortear as decisões de todos os Tribunais e Juízos singulares do país, de modo a concretizar plenamente os princípios da legalidade e da isonomia.' Evidentemente, porém, para que se tenha eficácia a recomendação no sentido de que seja a jurisprudência do STF e dos Tribunais Superiores, efetivamente, norte para os demais órgãos integrantes do Poder Judiciário, é necessário que aqueles Tribunais mantenham jurisprudência razoavelmente estável."

³²⁸ Anteprojeto do novo CPC (art. 317) e Projeto do Senado (art. 307).

tutela de evidência se restar "caracterizado o abuso do direito de defesa ou o manifesto propósito protelatório do réu" ou quando "um ou mais dos pedidos cumulados ou parcela deles mostrar-se incontroverso"³²⁹. Então, no particular, nenhuma substancial novidade, até porque essas situações – à luz do CPC atual – não reclamam a presença do elemento urgência. Talvez, por isso, Luiz Fux (2011, p.18) afirme que "a tutela de evidência não é senão a tutela antecipada que dispensa o risco de dano para ser deferida, na medida em que se funda no direito irretorquível da parte que inicia a demanda."

Cabe reivindicar a tutela de evidência, ainda, diante de prova documental irrefutável, a que o réu não oponha prova inequívoca (inciso III) e também quando "a matéria for unicamente de direito e houver tese firmada em julgamento de recursos repetitivos, em incidente de resolução de demandas repetitivas ou em súmula vinculante."³³⁰ O juiz, na espécie, concede provisoriamente o direito à parte autora, independentemente do fundado receio de dano irreparável ou de difícil reparação, mas, não obstante a amplitude assegurada pelo novo inciso, se e quando comparado com o sistema processual vigente, fato é que o sistema de precedentes não foi completamente absorvido. Vale dizer, a tutela de evidência poderia também contemplar – no mesmo inciso – a possibilidade de concessão quando diante de precedente firmado pelo Supremo Tribunal Federal, independentemente se decorrente ou não do julgamento de recursos repetitivos ou de incidente de resolução de demandas repetitivas (MARINONI; MITIDIERO, 2010, p.110). Se a tese constitucional já foi contemplada pelo STF, cabe ao juiz aplicá-la em definitivo (cognição exauriente) ou em caráter provisório (cognição sumária).

O incidente de resolução de demandas repetitivas³³¹ avança significativamente em direção à adoção do sistema de precedentes, muito embora ainda não chegue a absorvê-lo. Esse instituto, novidade trazida pelo anteprojeto, é admitido desde que

³²⁹ Essa hipótese – ao contrário dos demais incisos – retrata hipótese de cognição exauriente, na medida em que atribui solução definitiva à lide. Aliás, no particular, sugerem Luiz Guilherme Marinoni e Daniel Mitidiero (2010, p.108) que o caso encontra melhor acomodação dentre as hipóteses de julgamento imediato do pedido (art. 341 do Projeto do Senado), antes art. 353 do anteprojeto do CPC.

³³⁰ Redação do art. 278, inc. IV, do Projeto do Senado.

³³¹ Arts. 895 e segts. do anteprojeto do novo CPC; e arts. 930 e segts. do Projeto do Senado.

seja "identificada controvérsia com potencial de gerar relevante multiplicação de processos fundados em idêntica questão de direito e de causar grave insegurança jurídica"³³² e pode ser suscitado, junto ao Tribunal, pelo juiz ou relator, pelas partes, pelo Ministério Público e pela Defensoria Pública. Admitido o incidente, ficam suspensos os processos em primeiro e segundo graus de jurisdição, podendo ser estendido esse sobrestamento para os feitos idênticos em trâmite noutros Estados, desde que a determinação decorra do Supremo Tribunal Federal ou do Superior Tribunal de Justiça. Julgado o incidente, a tese jurídica será aplicada a todos os processos em curso, ou seja, àqueles que tramitam na área de jurisdição do respectivo tribunal, de modo que, na hipótese de descumprimento, cabível a reclamação (se houver apreciação pelo plenário do STF ou pela corte especial do STJ, a tese jurídica será aplicada a todos os processos que versem idêntica questão de direito em todo o território nacional). É técnica de concentração de julgamento.

No entanto, a solução única depende de prévia aceitação do incidente. Eis os requisitos: (i) identificação de controvérsia com potencial de gerar relevante multiplicação de processos fundados na mesma questão de direito; e de (ii) causar grave insegurança jurídica, decorrente do risco de coexistência de decisões conflitantes. Esses conceitos, porque vagos ou indeterminados, reclamam densidade menos rígida, atenta à finalidade da norma, pois, do contrário, resta inviabilizada a instauração do incidente. Seria possível indagar: o que se entende por relevante multiplicação de processos? Demonstrada a relevância, quais os critérios para catalogar, como grave, uma insegurança jurídica? Há, nessa concepção, uma insegurança suportável? Ainda, nos termos do art. 898 do anteprojeto (Projeto do Senado, art. 933) – para além desses requisitos – é preciso que seja avaliada a conveniência de se adotar uma decisão paradigmática. Enfim, se houve avanços, isso não significa que não se possa avançar ainda mais pela absorção do sistema de precedentes obrigatórios, instrumento essencial no controle da dispersão de julgamentos, quando, em discussão, as decisões judiciais que diretamente aplicam os princípios constitucionais.

³³² Sobre o tema: Cunha (2011, p.269-292). Aliás, para o autor, ainda que se admita em tese o incidente de resolução de demandas repetitivas, na forma preventiva, impõe-se "interpretar o

4.2 O SISTEMA DE PRECEDENTES

Esse tópico está focado na valorização do sistema de precedentes. Ainda, pretende evoluir para que a ordem jurídica brasileira, por conta da maior criatividade conferida aos juízes nas hipóteses de aplicação direta dos princípios constitucionais ou déficit de concretização da legislação ordinária, incorpore a cultura do precedente obrigatório, mecanismo apto à previsibilidade e estabilidade das decisões judiciais (ALEXY, 2001, p.260), no sentido de que a decisão anterior possa exercer uma força gravitacional em relação às futuras decisões (DWORKIN, 2002, p.176). Em outros termos, na medida em que a visualização da "jurisprudência"³³³ como fonte do direito não é novidade, então é preciso caminhar para que o precedente possa não apenas servir de parâmetro de julgamento (precedente persuasivo), mas também como instrumental de compulsória observância (precedente vinculante). No Brasil, com ressalva à súmula de efeitos vinculantes, ainda se mantém a ingênua concepção de que a compulsoriedade do direito reside exclusivamente na lei. Pior, como já antecipado, esse comportamento ainda sugere que a doutrina do *stare decisis* seja até mesmo incompatível com o direito legislado. Ignora-se, por exemplo, que o direito inglês é também composto por leis escritas e que no *commow law* os precedentes vinculam quando o juiz promove a sua aplicação (WAMBIER, 2009, p.130). Ainda mais incisivo é Luiz Guilherme Marinoni (2009, p.205-206):

Embora a praxe tenha constatado que nada adianta a lei quando o cidadão não sabe o que esperar dos juízes, a única preocupação da doutrina tem sido a de demonstrar que, apesar de ter se tornado evidente que o juiz presta a tutela jurisdicional indo muito além da mera aplicação da lei, isto não significa negação do princípio da separação dos poderes. Ou melhor, a doutrina não tomou consciência de que, diante da variedade de decisões e das interpretações da lei, seria necessária uma colaboração dogmática capaz de garantir a segurança, a previsibilidade e a igualdade. Há que se dizer, sem qualquer pudor, que a doutrina do *civil law* cometeu pecado

texto contido no dispositivo de maneira a dele extrair a regra que reclame a prévia existência de sentenças conflitantes, para que se possa instaurar o incidente."

³³³ A expressão foi utilizada no sentido de abarcar todos os contornos dessa fonte do direito, não obstante a prudente observação de Sidnei Agostinho Beneti (2007, p.318): "O linguajar jurídico vem solapando o conceito de jurisprudência, que é a interpretação consistente dos tribunais a respeito das lides, igualando-a pela de precedente, que é cada julgamento individual. Um julgado não é jurisprudência, mas um precedente, que interagirá com outros julgados idênticos ou análogos, no sentido da formação, ou não, da jurisprudência."

grave ao encobrir a necessidade de um instrumento capaz de garantir a igualdade diante das decisões, fingindo crer que a lei seria bastante e preferindo preservar o dogma ao invés de denunciar a realidade e a funesta consequência dela derivada.

Nas hipóteses aqui trabalhadas o juiz concentra a criação e a aplicação da norma jurídica. Há, na incidência *per saltum* dos princípios constitucionais, verdadeira sobreposição, leitura que naturalmente realça o poder criativo do juiz. Sendo assim, estabelecido o devido processo legal e alcançada a resposta definitiva, não é razoável que as Cortes inferiores e os juízes monocráticos continuem a emitir pronunciamentos divergentes. A independência dos juízes pressupõe coerência com a ideia de sistema (MARINONI, 2010, p. 206). Não há liberdade para o juiz quando o princípio constitucional invocado em semelhante situação fática, em definitivo, já foi densificado pelo STF.³³⁴ É preciso conter a dispersão das decisões judiciais, como, por igual, é absolutamente necessário redimensionar o papel dos tribunais superiores, notadamente do Supremo Tribunal Federal. Sendo assim, apreciada a matéria pelo Supremo Tribunal Federal, já não é permitido se afastar do precedente fixado³³⁵, pois, diferentemente disso, é possível indagar sobre a verdadeira função

³³⁴ Nas palavras de Cândido Rangel Dinamarco (2001d, p.1145): "Sou declarado defensor da grande liberdade interpretativa do juiz. Mas essa liberdade não pode ser absoluta, a ponto de ele julgar segundo seus sentimentos pessoais e não como canal de comunicação entre os valores da sociedade e o caso que atua. O que está à base desse pensamento é a regra da impessoalidade no exercício da jurisdição. Por outro lado, interpretações conflitantes geram incertezas e insegurança. Que os juízes inovem, sim. Mas é preciso que os próprios juízes, apreciando o que vem sendo decidido, parem para refletir e nesse momento de reflexão afastem interpretações que podem ser pessoais e passem a manifestar-se de modo institucionalizado. Daí a legitimidade dos meios pelos quais se busca a uniformização dos modos de decidir." Ainda Luiz Guilherme Marinoni (2010, p.206-207): "Deveria ser evidente, mas não é, que o cargo de juiz não existe para que aquele que o ocupa possa proferir 'a sua decisão', mas para que ele possa colaborar com a prestação jurisdicional – para o que a decisão, em contraste ao precedente, nada representa, constituindo, em verdade, um desserviço." Em sentido diverso, diz Dínio de Santis Garcia (1996, p.42-43) que "a independência do juiz exige que este esteja subordinado apenas à lei (e, claro está, à lei das leis, que é a Constituição). Como repetidas vezes tem sido afirmado, o magistrado não tem superiores dos quais possa receber ordens e instruções para o julgamento das causas que lhe estão sujeitas: depende somente da lei, mas a ele mesmo compete, segundo a sua consciência, apontar a lei à qual está ligado. Com o efeito vinculante, estaremos trilhando um caminho contrário ao da independência funcional, fundamental no estado de direito."

³³⁵ Explica Luiz Guilherme Marinoni (2012, p.845): "Note-se que o sistema que admite decisões contrastantes estimula a litigiosidade e incentiva a propositura de ações, pouco importando se o interesse da parte é a constitucionalidade ou a inconstitucionalidade da lei. Ou seja, a ausência de previsibilidade, como consequência da falta de vinculação aos precedentes, conspira contra a racionalidade da distribuição da justiça e contra a efetividade da jurisdição." Ainda constou da exposição de motivos do anteprojeto do novo CPC: "Se, por um lado, o princípio do livre convencimento

da Corte que, à uníssona voz, é responsável pela uniformização das questões constitucionais (DINAMARCO, 2001a, p.796; TUCCI, 2004, p.206). Essa constatação – já foi dito – interfere diretamente na estrutura e organização do Judiciário, reduzindo a competência do STF a mais um órgão de revisão, contradição, ademais, agravada pela criação de uma duvidosa expectativa aos litigantes.

O precedente obrigatório deve ser examinado sob dois prismas: o passado e o futuro. Não há justificativa para decidir diferentemente os casos iguais (*treat like cases alike*), no presente, a não ser em decorrência de fortes e bem fundamentadas razões. O precedente deve servir de guia para o futuro. Explica Rodolfo de Camargo Mancuso (1999, p.160):

O problema pressupõe, portanto, dois polos temporais: 1) a situação presente, alcançando os feitos pendentes, os quais devem ser decididos isonomicamente, para a boa realização do Direito Positivo, a consecução do justo e a estabilidade das relações sociais; 2) a situação futura, que se oferece em dupla perspectiva, a saber, de um lado, a aplicação da tese assentada aos casos que venham a ser ajuizados, com o que se dará parâmetro igualitário para as respostas judiciárias fornecidas ao longo do tempo; de outro lado, a previsão do *modus operandi* pelo qual se dará a eventual revisão do entendimento antes assentado, para a hipótese de sobrevirem as relevantes alterações no *status quo ante*.

A dificuldade no manejo do precedente reside na importante distinção que se faz entre *ratio decidendi* e *obiter dictum*, elementos que são extraídos do particular exame da decisão judicial, isso porque apenas o primeiro deles autoriza a produção do efeito vinculante.³³⁶ A *ratio decidendi* está na fundamentação, mas é preciso conjugá-la com o relatório e também com o dispositivo da decisão³³⁷, de modo que

motivado é garantia de julgamentos independentes e justos, e neste sentido mereceu ser prestigiado pelo novo Código, por outro, compreendido em seu mais estendido alcance, acaba por conduzir a distorções do princípio da legalidade e à própria ideia, antes mencionada, de Estado Democrático de Direito. A dispersão excessiva da jurisprudência produz intranquilidade social e descrédito do Poder Judiciário."

³³⁶ Explica Luiz Guilherme Marinoni (2010, p.233): "Não é difícil perceber a razão pela qual o *commow law* sempre se preocupou em distinguir *ratio decidendi* de *obiter dictum*. Tal distinção se deve à valorização dos fundamentos da decisão, peculiar ao *commow law*. Como neste sistema importa verificar a porção do julgado que tem efeito obrigatório ou vinculante, há motivo para se investigar, com cuidado, a fundamentação, separando-se o que realmente dá significado à decisão daquilo que não lhe diz respeito ou não lhe é essencial."

³³⁷ Ainda Luiz Guilherme Marinoni: "A *ratio decidendi*, no *commow law*, é extraída ou elaborada a partir dos elementos da decisão, isto é, da fundamentação, do dispositivo e do relatório. Assim, quando relacionada aos chamados requisitos imprescindíveis da sentença, ela certamente é 'algo mais'. E isso

desse conjunto podem ser retirados os pontos centrais (*ratio decidendi*) e os pontos marginais (*obiter dictum*) da decisão proferida.³³⁸ A partir da decisão judicial é formado o precedente (MITIDIERO, 2012, p.70). A *ratio decidendi* pressupõe o que seja necessário para o alcance da decisão e, se assim é, quando se indaga sobre a distinção entre *ratio decidendi* e *obiter dictum*, indaga-se sobre a indispensabilidade ou não do enfrentamento de específico conteúdo na construção da decisão judicial (MARINONI, 2010, p.234; FINE, 2011, p.69).

Nesse contexto, é de fundamental importância estabelecer o nexo entre a tese jurídica e os fatos que desencadearam a específica interpretação (TARUFFO, 2011b, p.146; WAMBIER, 2009, p.132), até porque, do contrário, esse desapego pode conduzir à autonomia do precedente, permitindo uma excessiva e desautorizada extensão. Daí a importância de uma diferente metodologia de parte dos juízes ordinários, a fim de que se esforcem na identificação da *ratio decidendi* e não se contentem com os pontos marginais da decisão ou, quiçá, com o contido apenas nas ementas dos invocados julgados. Ainda, se é verdade que as hipóteses de incidência não estão na promulgação do precedente³³⁹, como se tratasse de uma lei,

simplesmente porque, na decisão do *commow law*, não se tem em foco somente a segurança jurídica das partes – e, assim, não importa apenas a coisa julgada material –, mas também a segurança dos jurisdicionados, em abstrato" (SARLET; MARINONI; MITIDIERO, 2012, p.854). No particular, um adicional esclarecimento: o precedente obrigatório pressupõe o efetivo enfrentamento dos temas jurídicos, o que significa dizer que as matérias não arguidas não são alcançadas pela compulsoriedade; então, no particular, não é importante para a fixação do precedente a ideia de eficácia preclusiva da coisa julgada (CPC, art. 474).

³³⁸ Diz Cruz e Tucci (2004, p.177): "Para a correta inferência da *ratio decidendi*, propõe-se uma operação mental, mediante a qual, invertendo-se o teor do núcleo decisório, se indaga se a conclusão permaneceria a mesma, se o juiz tivesse acolhido a regra invertida. Se a decisão ficar mantida, então a tese originária não pode ser considerada *ratio decidendi*; caso contrário, a resposta será positiva. Como regra necessária à decisão (*ratio decidendi*), não se confunde com o *obiter dictum*, vale dizer, passagem da motivação do julgamento que contém argumentação marginal ou simples opinião, prescindível para o deslinde da controvérsia. O *obiter dictum*, assim considerado, não se presta para ser invocado como precedente vinculante em caso análogo, mas pode perfeitamente ser referido como argumento de persuasão."

³³⁹ Explica Ronald Dworkin (2002, p.172-176): "Hércules descobrirá que muitas das opiniões que os litigantes citam como precedentes não contêm quaisquer proposições especiais que possam ser consideradas como uma forma canônica da regra estabelecida para o caso. É verdade que, em fins do século XIX e primórdios do século XX, fazia parte do estilo judicial inglês e norteamericano tentar compor esses enunciados canônicos de modo que, dali para frente, fosse possível referir-se, por exemplo, à regra do caso *Rylands vs. Fletcher*. [...]. Hoje, em todo o caso, mesmo as opiniões importantes raramente tentam chegar a essa modalidade de redação legislativa. [...]. A força gravitacional do precedente não pode ser apreendida por nenhuma teoria que considere que a plena força do precedente está em sua força de promulgação, enquanto uma peça de legislação. [...]. A força gravitacional de um precedente pode ser explicada por um apelo,

no âmbito do Supremo Tribunal Federal a construção de uma única decisão pode auxiliar na revelação da *ratio decidendi* (item 3.3.6).

Noutra perspectiva, não obstante as particularidades dos casos examinados (ENGISCH, 2008, p.365), a identificação de semelhanças e diferenças entre eles é possível, tema, inclusive, que não soa estranho ao ordenamento jurídico brasileiro. Suficiente, no particular, a lembrança do cotejo analítico exigido para o conhecimento do recurso especial e dos embargos de divergência, em que para além da divergência jurídica é, acima de tudo, reivindicada a identidade ou similitude da matéria fática (RISTJ, arts. 255, § 2.º, e 266, § 1.º). Contudo, importante é a advertência de Maurício Ramires (2010, p.105) quando, ao falar dos fundamentos dos precedentes (coerência e integração), registra os riscos de uma desintegração ou hiperintegração, fenômenos esses decorrentes da exagerada especificação da singularidade de um caso ou mesmo do tratamento de casos substancialmente distintos como objetos de uma mesma regra geral.³⁴⁰

4.2.1 Coisa julgada material e *stare decisis*

A coisa julgada material imuniza os efeitos da sentença, notadamente o efeito declaratório da sentença (SILVA, 1995, p.98; MARINONI; ARENHART, 2003, p.666), mas há que se levar em conta naturalmente o caráter híbrido das eficácias sentençiais.³⁴¹ Sendo assim, a decisão não mais se sujeita à revisão, exceção feita às estreitas hipóteses de ação rescisória (CPC, art. 485). A coisa julgada material recai

não à sabedoria da implementação de leis promulgadas, mas à equidade que está em tratar os casos semelhantes do mesmo modo." Ainda Benjamin Cardozo (2004a, p.11-12), ao ensinar que "a *commow law* não segue uma trajetória de verdades preestabelecidas, de validade universal e inflexível, para chegar a conclusões delas derivadas por dedução."

³⁴⁰ Esses conceitos foram originalmente desenvolvidos por Laurence Tribe e Michael Dorf (2007, p.19-34), ao discorrerem sobre as situações que – ao lado do originalismo – desautorizam uma leitura adequada da Constituição.

³⁴¹ Sobre a discussão acerca dos contornos dessa imutabilidade, se atinge todo o conteúdo da sentença (Barbosa Moreira), ou se apenas alcança a eficácia declaratória do comando sentencial (Ovídio Baptista da Silva), consultar, dentre outros, Sérgio Gilberto Porto (2000, p.170-175).

sobre o dispositivo da sentença, o que significa que os motivos, ainda que determinantes para o alcance da parte dispositiva, não fazem coisa julgada (CPC, art. 469, I). Significa dizer, num primeiro momento, que o contido na fundamentação pode ser rediscutido até mesmo entre as partes do processo, salvo hipótese de ação declaratória incidental (CPC, art. 470). Em síntese: a obrigatoriedade do decidido é para as partes, muito embora elas ainda possam, noutro processo, discutir os motivos levados em consideração pelo Estado-juiz.

De outro vértice, quando se examina a obrigatoriedade do precedente (*stare decisis*)³⁴², trabalha-se a ideia de que a tese jurídica utilizada na decisão paradigma servirá de guia para os julgamentos futuros, e daí a problemática: qual a relação com o instituto da coisa julgada? Primeiro, a força vinculante não decorre da imutabilidade da parte dispositiva da decisão, mas, ao contrário, decorre da *ratio decidendi* formada pela conjugada análise dos elementos da sentença (relatório, fundamentação e dispositivo). A fundamentação utilizada em específica decisão é que conduzirá o julgamento dos casos futuros.³⁴³ Segundo, a coisa julgada material apenas imuniza o dispositivo da sentença para as partes do processo, participantes do devido processo legal, ao passo que o precedente obrigatório, muito embora não iniba a propositura de demandas por terceiros, se o caso guardar semelhança, a tese jurídica já está delineada. Daí a tentativa de interpretá-lo, mediante a demonstração da convergência ou não entre o caso discutido e o precedente firmado. Em resumo: a obrigatoriedade está em seguir a diretriz estabelecida pelo julgado, de modo que a oportuna discussão da *ratio decidendi* não apenas está vedada às partes, como, por igual, é extensiva a terceiros.

Uma tímida tentativa de aproximação: a afirmação de que os motivos podem ser rediscutidos pelas partes, pois sobre eles não recai a coisa julgada, autoriza temperamentos. É que o dispositivo da sentença leva em consideração não só o pedido, como também a causa de pedir, esta visualizada sob o enfoque da teoria da

³⁴² A consolidação desse instituto, na Inglaterra, ocorreu no final do séc. XIX (caso *London Tramways v. London County Council*, de 1898). Sobre o tema: Tucci (2004, p.161); e Marinoni (2010, p.32).

³⁴³ Ainda Cruz e Tucci (2004, p.183): "O conceito de *ratio decidendi*, no qual se escuta a *doctrine of binding precedent*, mostra que é a tese jurídica suficiente a decidir o caso concreto (*rule of law*), e não a parte dispositiva da decisão, que produz eficácia vinculante e que deve nortear a interpretação judicial em momento posterior."

substanciação³⁴⁴. O pedido guarda íntima convergência com a causa de pedir (CPC, art. 295, parágrafo único, inciso II) e – dado o princípio da congruência ou correlação (CPC, arts. 128 e 460) – a ele está vinculada a sentença. Então, ao sentenciar o Estado-juiz (na fundamentação) enfrenta a causa de pedir agitada pelo autor e, se assim é, por mais que se diga que os motivos não fazem coisa julgada, são eles relevantes para a compreensão e subsequente delimitação da parte dispositiva da sentença (LIEBMAN, 1947, p.165). Daí que, muito embora a coisa julgada (limites objetivos) esteja vinculada à parte dispositiva da sentença, isso não significa que a motivação não seja relevante e, mais, que não fique igualmente imunizada pela chamada eficácia preclusiva da coisa julgada (CPC, art. 474). E qual a consequência? A fundamentação contida na sentença, se não faz coisa julgada material (salvo hipóteses de ação declaratória incidental), em relação à específica causa de pedir não mais autoriza discussão pelas partes (eficácia preclusiva da coisa julgada). Então, novidade não há em se atribuir força à fundamentação, uma vez que poderá, ainda que timidamente, servir como orientação para os demais jurisdicionados (precedentes persuasivos). Além desses contornos, ainda é possível dizer que a atribuição de efeitos vinculantes às decisões judiciais também não é estranha à ordem jurídica nacional, notadamente quando em mesa o controle abstrato de constitucionalidade (CF, art. 102, § 2.º; Lei n.º 9.868/99, art. 28, parágrafo único; Lei n.º 9.882/99, art. 10, § 3.º), oportunidade, aliás, em que o Supremo Tribunal Federal já trabalhou essa vinculação mais diretamente à luz da fundamentação (transcendência dos motivos determinantes)³⁴⁵, admitindo, inclusive, o cabimento do

³⁴⁴ Guilherme Freire de Barros Teixeira (2004, p.181-195), não apenas discorre sobre as teorias atinentes à *causa petendi*, como também destaca as suas principais consequências práticas. Diz que “para a teoria da substanciação, sendo necessária a indicação do fato ou dos fatos constitutivos do direito pleiteado, a mudança desses fatos importa alteração da ação, mesmo que não se alterem o direito invocado e o pedido, enquanto a decisão sobre esses fatos impede a propositura de nova demanda, ainda que nesta seja buscado efeito jurídico diferente da primeira.” Ainda sobre o dissenso acerca da teoria recepcionada pelo Código Buzaid, consultar, por todos, Cruz e Tucci (2001, p.144-148).

³⁴⁵ Explica Luiz Guilherme Marinoni (2010, p.259): “Pois bem, tratando-se de controle concentrado, os casos julgados são exatamente as normas já declaradas inconstitucionais, motivo simples pelo qual a ideia de que a eficácia vinculante deve ficar restrita ao dispositivo não faz ver outra coisa que não a própria coisa julgada material. Para se ter precedente ou se pensar em *ratio decidendi*, assim, é necessário extrair as razões de decidir da fundamentação da decisão de inconstitucionalidade. É a única forma de se dar verdadeira eficácia à decisão de inconstitucionalidade, ao menos

instituto da reclamação (STF, Pleno, Recl. 1987, Rel. Min. Maurício Corrêa, DJ 21/05/2004). Aliás, até mesmo no controle difuso isso é realidade, com destaque às discussões voltadas à legislação municipal (MENDES; COELHO; BRANCO, 2010, p.1250).

4.2.2 Precedentes obrigatórios: a conciliação possível entre o caráter argumentativo e a previsibilidade do direito

A adoção de um sistema de precedentes obrigatórios deve estar atenta à cultura jurídica do país. Filiado ao *civil law* e historicamente vinculado ao controle concreto e difuso da constitucionalidade, o direito brasileiro não só atribui deferência à lei, como convive com a fiscalização constitucional pulverizada entre os vários órgãos do Judiciário, resultando daí que as contradições interpretativas não apenas são reais³⁴⁶, como sugere parecer até normal, não obstante o reivindicado caráter nomofilático atribuído às Cortes, que uma lei declarada inconstitucional pelo Supremo Tribunal Federal ainda suscite diferentes leituras.³⁴⁷

Contudo, essa constatação não significa despreocupação com a segurança jurídica. Ao contrário, ela se deve à inexistência do *stare decisis* no Brasil (BARBI, 2011, p.92; BARROSO, 2011b, p.151; CLÈVE, 2000, p.114; MENDES, 2004b, p.6; MOREIRA ALVES, 1993, p.3; TAVARES, 2011b, p.563) e à forte separação de

enquanto se tem como importante que elas tutelem a ordem constitucional e garantam a segurança jurídica e a igualdade."

³⁴⁶ Essa dispersão em muito contribuiu para o desenvolvimento da jurisdição constitucional concentrada, pois – conforme explicou Hans Kelsen (2003, p.303) – “a ausência de uma decisão uniforme sobre a questão da constitucionalidade de uma lei, ou seja, sobre a Constituição estar sendo violada ou não, é uma grande ameaça à autoridade da própria Constituição.”

³⁴⁷ “Cualquier órgano judicial podrá tranquilamente enfrentar de nuevo la cuestión (constitucionalidad), en otro proceso, y decidirla según su modo de ver. Así es inclusive cuando la declaración de inconstitucionalidad haya emanado de un tribunal superior, sin exclusión del Supremo Tribunal Federal, aunque de facto los órganos inferiores revelen normalmente una fuerte tendencia para seguir la orientación fijada en el fallo de la Corte Suprema. Es fácil entender lo que se acaba de decir, si se tiene en cuenta una noción fundamental en esta materia: al declarar inconstitucional una ley, en el ejercicio del control indidente, el órgano judicial ni la revoca, ni la invalida. Lo que ocurre es simplemente que se deja de aplicar a la hipótesis sub judice da ley estimada incompatible con la Constitución, y ello porque, ante el conflicto de las dos normas (la legal e la constitucional) debe el juez hacer prevalecer la norma jerárquicamente superior. Empero la ley no aplicada subsiste en el ordenamiento.” (BARBOSA MOREIRA, 1997b, p.187).

poderes na ordem jurídica brasileira. Em outras palavras, porque o *stare decisis* sempre esteve vinculado ao *commow law*, a tradição jurídica nacional confiou a ampliação dos efeitos da decisão proferida pelo Supremo Tribunal Federal ao Senado Federal, a ponto de ser sustentado por parte da doutrina, com reconhecimento na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, que essa atribuição é de natureza substancial.³⁴⁸ Então, ainda hoje no controle concreto e difuso de constitucionalidade a decisão opera efeitos entre as partes, decorrendo a sua amplificação não apenas de uma decisão definitiva do Supremo Tribunal Federal, mas, por igual, da suspensão da lei deferida ao Senado da República (CF, art. 52, inc. X), previsão inaugurada pela Constituição de 1934 e repetida, exceção feita à Constituição de 1937, pelas demais Constituições brasileiras. Aliás, nem mesmo a concomitante incorporação da fiscalização abstrata no cenário jurídico nacional desautorizou essa leitura (SAMPAIO, 1985, p.17).³⁴⁹

³⁴⁸ Explica Paulo Brossard (1976, p.61): "Em face da firme jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, o Senado exercita o poder só a ele reservado, através de uma medida política, de um ato 'de natureza quase legislativa', como se lê em acórdão de que foi relator o Ministro Carlos Medeiros Silva (RTJ, v. 38, pág. 61); e ao suspender a execução da norma questionada, faz valer para todos o que era circunscrito às partes litigantes, confere efeito geral ao que era particular, em uma palavra, generaliza os efeitos de uma decisão singular. [...]. Repugna a tudo quato se possa conceber como apropriado a uma assembleia e a uma assembleia das características do Senado, ver nele mero órgão executor do Supremo Tribunal Federal. Há questões que a solução é percebida, nitidamente percebida, antes mesmo de ser encontrada sua fundamentação. Esta é uma delas. Atribuir ao Senado papel mecânico, fazê-lo autômato, transformá-lo em carimbo, meirinho ou porteiro de auditórios, não significa apenas atribuir-lhe uma função absolutamente subalterna, mas, e especialmente, sem qualquer significação e utilidade, tarefa que poderia ser desempenhada, com proficiência e vantagem, por qualquer funcionário da secretaria do Supremo Tribunal." No mesmo sentido: Silva (1992, p.66-88).

³⁴⁹ Não há dúvida de que havia importante leitura reduzindo o papel do Senado Federal. Lecionava Carlos Alberto Lúcio Bittencourt (1997, p.143-145): "Realmente, a primeira consequência da decisão é o reconhecimento de inconstitucionalidade, *sem nôvo exame*, por todos os tribunais e juízes inferiores, em relação aos quais a decisão assume o caráter de verdadeira lei. Muito embora se discuta se os juízes e tribunais estão, no comum dos casos, obrigados a obedecer à jurisprudência dos órgãos judicantes superiores, essa dúvida não cabe quanto às decisões que declaram a inconstitucionalidade, pois o entendimento pacífico é no sentido de considerá-las plenamente obrigatórias. [...]. Sem embargo, porém, dessa eficácia ampla da decisão, e da sua obrigatória observância pelos juízes e tribunais inferiores, o ato legislativo, como já tivemos oportunidade de salientar, continua em vigor no quadro das leis como se estivesse plenamente em vigor. O Judiciário não o revoga ou anula, simplesmente o declara ineficaz e lhe ignora os efeitos. Para obviar aos inconvenientes que decorrem dêsse fato, a Constituição atribui ao Senado Federal a competência para 'suspender a execução, no todo ou em parte, de lei ou decreto declarados inconstitucionais por decisão definitiva do Supremo Tribunal Federal'. [...]. Se o Senado não agir, nem por isso ficará afetada a eficácia da decisão, a qual continuará a produzir todos os seus efeitos regulares, que, de fato, independem da colaboração de qualquer dos outros poderes. O objetivo do art. 45, n.º IV da Constituição (1967) é apenas *tornar pública* a decisão do tribunal, levando-a ao conhecimento de todos os cidadãos. Dizer que o Senado '*suspende a*

Então, é importante recordar que historicamente a inexistência do *stare decisis* foi vista como empecilho à vinculação dos órgãos e tribunais inferiores. Ora, como anotou Oswaldo Aranha Bandeira de Mello (1980, p.183), a obrigatoriedade da decisão proferida pelo Supremo Tribunal Federal, para outros juízes e tribunais, aqui não vingou por não encontrar apoio no nosso costume constitucional, por não haver um texto expresse a respeito e, ainda, por conta da inexistência da força dos precedentes no cenário jurídico brasileiro. Em sentido muito próximo, Elival Ramos da Silva (2010, p.193-194) ainda esclarece que o rechaço à proposta do Deputado Nilo Alvarenga de se criar uma Corte de Justiça Constitucional na Constituição Federal de 1934 permitiu fosse elaborada uma fórmula que pudesse alargar os efeitos das decisões do Supremo Tribunal Federal. Ao Senado Federal foi atribuída a função de suspender a execução, no todo ou em parte, das leis ou atos normativos declarados inconstitucionais, de modo que – com as resoluções senatoriais – "procurou-se obviar o notório inconveniente da disparidade das decisões que o sistema de controle de constitucionalidade de matriz estadunidense provoca em ordenamentos filiados ao *civil law*, desconhecedores da regra do *stare decisis*." (SILVA, 2010, p.195).

A tradição jurídica brasileira, não obstante os constrangimentos causados pelo controle concreto e difuso de constitucionalidade, sempre se pautou pela inexistência de um sistema forte de precedentes (*stare decisis*). Sendo assim, diante da preocupação com a segurança jurídica e sem descuidar dessa tradição, como justificar no cenário jurídico brasileiro a adoção dos precedentes obrigatórios? No particular, serão levantadas duas importantes correntes (a vinculação ao sistema de precedentes como decorrência da racionalidade na adoção do controle concreto e difuso de constitucionalidade; e a vinculação ao sistema de precedentes como consequência da objetivação do controle concreto e difuso de constitucionalidade) e, ao final, como conseqüência da normatividade e incidência direta dos princípios constitucionais, a tese converge para um novo olhar sobre esse material jurídico, buscando aclarar que a previsibilidade do direito nas hipóteses aqui trabalhadas só pode ser alcançada pela sua cautelosa incorporação.

execução' da lei inconstitucional é, positivamente, impropriedade técnica, uma vez que o ato, sendo 'inexistente' ou 'ineficaz', não pode ter *suspensa a sua execução*." Sobre o tema: Barroso (2011b, p.153); Clève (2000, p.124); Mendes (2004b, p.5-31).

Luiz Guilherme Marinoni (2010, p.77-80), na medida em que detecta o efeito colateral da adoção do controle concreto e difuso da constitucionalidade, explica ser intuitivo pensar que não há racionalidade em conferir a todo e qualquer juiz o poder de controlar a constitucionalidade da lei quando se ignora um sistema de precedente obrigatório. A imprevisibilidade do direito, como consectário da não vinculação aos precedentes, "conspira contra a racionalidade da distribuição da justiça e contra a efetividade da jurisdição." O juiz deve obediência às decisões do Supremo Tribunal Federal, Corte que tem o dever de dar a última palavra sobre a constitucionalidade da lei impugnada. É preciso "dar sentido à função da mais alta Corte brasileira", sendo equivocado imaginar que apenas as decisões sumuladas do Supremo Tribunal Federal sejam vinculantes, ou seja, "que a segurança jurídica e a previsibilidade dependeriam das súmulas". Acrescenta (p.83): "quando se tem claro que a decisão é um mero produto do sistema judicial, torna-se pouco mais do que absurdo admitir a possibilidade de o juiz ordinário contrariar as decisões do Supremo Tribunal Federal." Ainda (p.458):

Trata-se, assim, de alcançar um objetivo que é imprescindível à racionalidade de qualquer sistema que dá aos seus juízes o poder de realizar o controle da constitucionalidade diante dos casos concretos. Não há como atribuir este poder aos juízes sem vinculá-los às decisões da Suprema Corte. O controle difuso exige que os precedentes da Corte que dá a última palavra acerca da questão constitucional sejam obrigatórios. Não se trata de mera opção técnica, ainda que ótima à eficiência da distribuição da justiça, mas de algo que, quando ausente, impede o próprio funcionamento do controle difuso. De modo que admitir, no atual estágio do direito brasileiro, controle difuso sem vinculação dos órgãos judiciários aos precedentes constitucionais constitui equívoco imperdoável. [...] Assim, chega-se ao momento em que é possível definir o significado de se atribuir efeito vinculante às decisões tomadas em recurso extraordinário. Não se atribui eficácia vinculante a essas decisões em razão de se supor que, como ocorre na ação direta, se está tratando do controle objetivo das normas, mas da percepção de que os motivos determinantes das decisões tomadas pelo Supremo Tribunal Federal, em controle concentrado ou em controle difuso, devem ser observados pelos demais órgãos judiciários, sob pena de a função do Supremo Tribunal Federal restar comprometida.

A obrigatoriedade em relação aos precedentes do Supremo Tribunal Federal é também afirmada como decorrência da objetivação do controle concreto e difuso de constitucionalidade ou como decorrência da maior objetivação do recurso

extraordinário³⁵⁰, dada a convergência entre as duas modalidades de fiscalização da constitucionalidade no sistema brasileiro.³⁵¹ Várias são as nuances desse fenômeno, tendo o Supremo Tribunal Federal entendido que o reconhecimento da constitucionalidade de lei ou ato normativo em recurso extraordinário, por exemplo, torna improcedentes as ações diretas de inconstitucionalidade que tenham idêntico objeto (MENDES, 2010, p.1098); e que – em sede de recurso extraordinário – é também possível se falar em modulação dos efeitos das decisões nos termos do art. 27 da Lei n.º 9.868/99. Essa leitura atribuída ao recurso extraordinário dá ensejo ao que se denomina tendência de não estrita subjetivação ou de maior objetivação dessa modalidade recursal (STF, RE n.º 475.812-SP, Rel. Min. Eros Grau, j. 13.06.2006), contexto em que se destaca a transcendência dos motivos determinantes das decisões proferidas pelo Supremo Tribunal Federal.

Aliás, particularmente em relação à produção de efeitos *erga omnes* em sede de controle concreto e difuso de constitucionalidade, independentemente do cumprimento do art. 52, inc. X, da CF, tramita no âmbito do Supremo Tribunal

³⁵⁰ Explica Gilmar Ferreira Mendes (2010, p.1097): "Preso entre a fórmula do Senado (CF, art. 52, X) e o referido aumento crescente de processos, o Supremo Tribunal Federal terminou avalizando uma tendência de maior objetivação do recurso extraordinário, que deixa de ter caráter marcadamente subjetivo ou de defesa de interesse das partes, para assumir, de forma decisiva, a função de defesa da ordem constitucional objetiva." Ainda: Mendes (2004b, p.5-31).

³⁵¹ Essa convergência foi assim enfrentada pelo Min. Sepúlveda Pertence (STF, AGRSE n.º 5206-7/Reino da Espanha, j. 05.05.1997): "Mas o sistema resultante dessa simbiose institucional dos dois métodos, o americano – incidente e difuso – e o austríaco – principal e concentrado –, não pode ser visto como simples justaposição de um a outro e, sim, como uma unidade estrutural em que cada um dos componentes sofre inevitavelmente reflexos do outro. E a experiência demonstra, a cada dia, que a tendência dominante – especialmente na prática deste Tribunal – é no sentido da crescente contaminação da pureza dos dogmas do controle difuso pelos princípios reitores do método concentrado. Detentor do monopólio do controle direto e, também, como órgão de cúpula do Judiciário, titular da palavra definitiva sobre a validade das normas no controle incidente, em ambos os papéis, o Supremo Tribunal há de ter em vista o melhor cumprimento da missão precípua de 'guarda da Constituição', que a Lei Fundamental explicitamente lhe confiou. Ainda que a controvérsia lhe chegue pelas vias recursais do controle difuso, expurgar da ordem jurídica a lei inconstitucional ou consagrar-lhe definitivamente a constitucionalidade contestada são tarefas essenciais da Corte, no interesse maior da efetividade da Constituição, cuja realização não se deve subordinar à estrita necessidade, para o julgamento de uma determinada causa, de solver a questão constitucional nela adequadamente contida. Afinal, não é novidade dizer – como, a respeito da cassação, Calamandrei observou em páginas definitivas (*Casación Civil*, trad., EJEAs, BsAs, 1959, 12 ss.) – que no recurso extraordinário – via por excelência da solução definitiva das questões incidentes de inconstitucionalidade da lei –, a realização da função jurisdicional, para o Supremo Tribunal Federal, é um meio mais que um fim: no sistema de controle *incidenter* em especial no recurso extraordinário, o interesse particular dos litigantes, como na cassação, é usado 'como elemento propulsor posto a serviço de interesse público', que aqui é a guarda da Constituição, para a qual o Tribunal existe."

Federal a Reclamação n.º 4335/AC, Rel. Min. Gilmar Mendes, cujo resumo que segue demonstra a controvérsia no trato dessa matéria: (i) o Relator, convencido da mutação constitucional sofrida pelo aludido dispositivo, reputou ser legítimo atualmente entender que a fórmula em questão "há de ter simples efeito de publicidade" (informativo n.º 454/STF), de modo que conheceu da reclamação e concluiu que as decisões reclamadas descumpriram decisão que incidentalmente declarou a inconstitucionalidade do art. 2.º, § 1.º, da Lei n.º 8.072/90 (vedação da progressão de regime nos crimes hediondos) em sede de *habeas corpus* n.º 82.959/SC, Rel. Min. Marco Aurélio, j. 23.2.2006; (ii) o entendimento do Relator, em voto-vista, foi acompanhado pelo Min. Eros Grau em 19.4.2007 (informativo n.º 463/STF); (iii) em divergência, o Min. Sepúlveda Pertence asseverou que o Supremo Tribunal Federal, "sem reduzir o Senado a um órgão de publicidade de suas decisões", possui a súmula de efeitos vinculantes (EC 45/04), instrumento que dispensaria aquela intervenção; (iv) também em divergência votou o Min. Joaquim Barbosa mantendo a leitura tradicional do art. 52, inc. X, da Constituição Federal; argumentou, ainda, que a sugerida mutação constitucional dependeria (iv.i) de um maior decurso de tempo para verificação; e (iv.ii) do efetivo desuso do normativo (informativo n.º 463/STF); (v) pediu vista o Min. Ricardo Lewandowski, tendo sido o julgamento retomado em 13.05.2013; em voto-vista foi mantida a divergência, a ponto de ressaltar que "o sistema de freios e contrapesos, próprio à separação de Poderes, não teria o condão de legitimar a ablação de competência constitucional expressamente atribuída a determinado Poder." Acrescentou: "embora as questões decididas pelo STF em sede de controle difuso tivessem considerável relevância, esse fato não teria forma para atribuir novos contornos à citada norma constitucional." (informativo n.º 706/STF); e (vi) pediu vista o Min. Teori Zavascki (informativo n.º 706/STF).

Dessas leituras, então, pode-se concluir: (i) a fiscalização concreta e difusa da constitucionalidade fomenta a produção de decisões divergentes, isso com inevitável prejuízo à previsibilidade do direito; (ii) é fundamental repensar o papel atribuído ao Supremo Tribunal Federal, na medida em o legislador constituinte a ele conferiu, no plano judicial, a última palavra em matéria constitucional; e (iii) a suspensão deferida ao Senado Federal auxilia na ampliação da decisão proferida pelo Supremo Tribunal Federal, mas, nas hipóteses trabalhadas, porque a

intervenção judicial independe de mediação legislativa, a previsibilidade do direito encontra espaço apenas na adoção de um sistema de precedentes obrigatórios. Todavia, é preciso superar uma questão cultural, pois, como relatado, o *stare decisis* restou confinado ao sistema *commow law*.

Desde logo, coloca-se a advertência trazida por Luiz Guilherme Marinoni (2010, p.99) no sentido de que o *stare decisis* não se confunde com o *commow law*, tendo surgido no curso do seu desenvolvimento como forma de promover a igualdade e a segurança jurídica. Em sentido próximo, a lição de Mauro Cappelletti (1992, p.79-81) quando discorre sobre os inconvenientes do sistema difuso e suas repercussões (incerteza jurídica) e conclui que nos Estados Unidos da América eles foram evitados pela incorporação do *stare decisis*.³⁵² Significa dizer: mesmo diante de uma Constituição escrita, a partir do momento em que se confere autorização para que qualquer juiz ou tribunal a intérprete, impõe-se um concomitante sistema de impugnações que culmine numa decisão "vinculatória para todos os órgãos judiciários". Então, tendo como pano de fundo a inadequação da fórmula senatorial nas hipóteses trabalhadas, e tendo por pressuposto que o *stare decisis* não é incompatível com o direito escrito, a tese converge para uma releitura dos precedentes obrigatórios, redirecionando a discussão à necessária previsibilidade do direito, razão do Estado de Direito, um lugar-comum assimilado pela cultura jurídica brasileira e a partir do qual o sugerido transplante não será visto como um corpo estranho ou intruso que mereça repulsa.³⁵³

O Estado de Direito "estabelece uma moldura capaz de proporcionar razoável previsibilidade na vida das pessoas e razoável proteção contra intervenções arbitrárias tanto de agentes públicos como de cidadãos privados" (MacCORMICK,

³⁵² Não foi outra a leitura de Hans Kelsen (2003, p.307): "Embora as cortes dos Estados Unidos tenham o poder de rejeitar somente no caso concreto a aplicação de uma lei que declarem inconstitucional, o perigo de uma prática contraditória pelos órgãos aplicadores da lei não é tão grane como era na Áustria antes do estabelecimento da Corte Constitucional. [...]. Em terceiro lugar, as decisões da Suprema Corte têm caráter obrigatório para todas as outras cortes. Na medida em que as cortes americanas consideram-se sujeitas às decisões da Suprema Corte, uma decisão desta rejeitando a aplicação de uma lei por inconstitucionalidade, num caso concreto, tem na prática quase o mesmo efeito de uma anulação geral da lei."

³⁵³ Roberto Gargarella (2008b, p.489-493), em analogia à terminologia empregada na medicina, fala dos "transplantes constitucionais" e dos graves problemas decorrentes da incorporação de elementos alheios à genética do "organismo receptor".

2008, p.17-18).³⁵⁴ A segurança jurídica tem valor considerável em razão da qualidade de vida que proporciona aos cidadãos (p.19) e, desse modo, a coerência do direito só faz sentido quando racionalmente relacionada a instrumentos voltados à realização desse valor (p.252). Neil MacCormick também reconhece o direito como uma disciplina argumentativa, feição, acrescenta, que "parece jogar água fria nas ideias de certeza e segurança jurídicas" (p.19); aliás, é o que necessariamente acontece com os princípios constitucionais, dotados de normatividade e passíveis de direta incidência, pois, muito para além da elástica interpretação oferecida, ainda não contam com a prévia e democrática ponderação legislativa. Não apenas a lei deixa de ser parâmetro de decisão, como as decisões se abrem para o exterior (já se discorreu sobre a conexão entre direito e moral proporcionada pelos princípios constitucionais). Então, em termos mais específicos, pode-se dizer que a conciliação possível entre os dois lugares-comuns (previsibilidade e caráter argumentativo do direito) se opera pela adoção do sistema de precedentes, ou seja, se a previsibilidade do direito não está na lei, para manter a coerência e responder à segurança jurídica, elementos que identificam o Estado de Direito, novos instrumentos são necessários, decorrendo daí que a compreensão sobre a necessidade de um sistema de precedentes em muito auxiliará na sua incorporação.

É verdade que a tradição não justifica (em definitivo) um sistema de precedentes, na medida em que ele depende fundamentalmente de uma justificação racional (SORIANO, 2002, p.128). Contudo, a tradição jurídica influencia no peso ou força dos precedentes; é um teste institucional voltado à aferição da vinculatividade dos precedentes (BUSTAMANTE, 2012, p.307); por isso, a partir do momento em que se compreenda a nova formatação jurídica, decorrente da inserção dos princípios jurídicos no ápice da estrutura do sistema *civil law* e da flexibilidade hermenêutica por eles franqueada, dúvidas não há de que os precedentes obrigatórios serão visualizados como instrumento útil à segurança jurídica. Sendo assim, no trato dos princípios constitucionais, pode-se dizer que a ordem jurídica pode também ser reconstruída a partir dos precedentes, pois, à evidência, sob a perspectiva neoconstitucionalista foram empalidecidas as linhas divisórias entre as duas

³⁵⁴ Em sentido próximo: Aarnio (1991, p.33); Calamandrei (1945, p.66).

principais famílias jurídicas³⁵⁵, exigindo-se do direito, fenômeno cultural, o acompanhamento desse processo³⁵⁶.

Por fim, na medida em que foram trabalhados dois instrumentos à obtenção da resposta definitiva (a arguição de descumprimento de preceito fundamental e o recurso extraordinário), impõe-se ainda considerar o seguinte: mesmo no sistema *commow law* as disposições sobre precedentes judiciais tendem a ser claras e escritas, atribuindo-se, portanto, maior amparo para o *stare decisis* (BUSTAMANTE, 2012, p.322-323). Na arguição de descumprimento de preceito fundamental o caráter vinculante das decisões do Supremo Tribunal Federal decorre do art. 10, § 3.º, da Lei n.º 9.882/99, cuja constitucionalidade ao menos provisoriamente já foi atestada pelo Supremo Tribunal Federal (ADI 2231-DF, Rel. Min. Néri da Silveira, j. 5.12.2001). Em sede doutrinária, explica Gilmar Ferreira Mendes (2011, p.305) que o efeito vinculante das decisões está ligado à função de guardião da Constituição deferida à Corte, razão pela qual é lícito ao legislador ordinário atribuir (a elas) especial proteção processual. Sendo assim, é preciso avançar em relação às decisões proferidas em recurso extraordinário, conferindo, também na hipótese, efeito vinculante nos casos em que o juiz independentemente de mediação legislativa densifica princípios constitucionais. Vale dizer, na medida em que está em discussão o novo Código de Processo Civil, instrumento que já demonstrou efetiva preocupação com a racionalidade das decisões pautadas por essa categoria normativa,

³⁵⁵ No particular, são elucidativas as lições de Thomas da Rosa de Bustamante (2012, p.115-116): "De todas as modificações que surgem no Estado Constitucional, a que mais chama a atenção é a modificação no modo de construir normas jurídicas. Desde o momento em que o Direito passa a ser visto não apenas como um conjunto de *regras* [...], mas como um conjunto de regras e princípios, sendo que estes últimos não contém determinações sobre o comportamento a ser seguido, mas estabelecem um estado ideal de coisas que deve ser alcançado na máxima medida possível, as diferenças entre o *civil law* e o *commow law* passam a ser mínimas. Com efeito, enquanto a atividade de aplicação do Direito (em sentido amplo) se circunscrevia à interpretação e aplicação de regras jurídicas produzidas pelo legislador e pela jurisprudência, a diferença entre o *commow law* e o *civil law* era mais marcante, porque na maior parte das vezes o juiz continental tinha de buscar normas em fontes legislativas, e o *commow lawyer* em precedentes judiciais. Mas quando o Direito passa a ser construído e comunicado por meio de *princípios* essa diferença recua e praticamente desaparece, pois o processo de concretização de princípios – que envolve a resolução de colisões de direitos fundamentais e a densidade do seu conteúdo por meio de regras adstritas dos princípios em cada caso concreto – é rigorosamente o mesmo nas duas grandes tradições jurídicas ocidentais."

³⁵⁶ Disse Eduardo J. Couture (1950, p.80): "*El derecho es cultura y la cultura es experiencia histórica; tanto por ser cultura como por ser experiencia histórica el derecho está en transformación constante y no admite estratificaciones.*"

a ponto de reivindicar uma fundamentação analítica de parte do juiz, sugere-se, por igual, que o respeito ao precedente fique ostensivamente assegurado, falta, aliás, já apontada por Daniel Mitidiero e Luiz Guilherme Marinoni (2010, p.164), quando mencionam que o anteprojeto preferiu trabalhar no plano da jurisprudência, deixando "de *explicitar* a necessidade de respeito aos precedentes em nossa ordem jurídica"³⁵⁷.

Essas leituras convergem não apenas para a obrigatoriedade dos precedentes, mas também para a visualização da reclamação constitucional como mecanismo apto à efetivação dessas decisões (LEONEL, 2011, p.107), porém com as redobradas cautelas. A reclamação, inicialmente prevista no Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal³⁵⁸, encontra duas hipóteses de cabimento: (i) serve para preservar a competência daquela Corte, quando usurpada; e (ii) também para garantir a autoridade das decisões do Supremo Tribunal Federal.³⁵⁹ É discutida a natureza jurídica do instituto, mas é possível concebê-la como típica ação³⁶⁰, devido à autonomia assegurada pela Constituição Federal (art. 102, I, letra I; CF, art. 103-A, § 3.º). Aqui, porque interessa a garantia da autoridade das decisões proferidas pelo Supremo Tribunal Federal, importante é trabalhar o instituto sob a perspectiva do cabimento e legitimidade à sua propositura. Contudo, antes, é preciso dizer que a reclamação, tal qual a previsão estabelecida para o mandado de segurança (Lei n.º 12.016/09), pressupõe que a inicial esteja acompanhada da prova documental necessária, isso porque desautoriza e deve mesmo proibir a dilação probatória (RISTF, art. 156, parágrafo único); ou se demonstra de plano o descumprimento da decisão judicial ou é caso de se valer das vias recursais.

A jurisdição constitucional difusa sempre permitiu o uso da reclamação, mas a legitimidade sempre ficou restrita às partes (STF, Rcl. 6078/SC, Rel. Min. Joaquim

³⁵⁷ Os citados autores ainda formulam minuciosa proposta para a incorporação do sistema de precedentes na ordem jurídica brasileira (MARINONI; MITIDIERO, 2010, p.168-169).

³⁵⁸ A positivação ocorreu em 1957, muito embora o instituto já fosse admitido pela jurisprudência do Supremo Tribunal Federal (Cf. PACHECO, 1991, p.424-428).

³⁵⁹ Eis a síntese de Cândido Rangel Dinamarco (2004, p.198): "A procedência da reclamação contra ato judicial importa negação do poder do órgão inferior para realizá-lo – poder que ele não tem porque a competência é de um tribunal de nível superior ao do órgão prolator, ou porque a matéria já fora superiormente decidida pelo tribunal competente."

³⁶⁰ Sobre o tema: STF, Rcl. n.º 336-1/DF, Rel. Min. Celso de Mello, DJ de 15.03.91.

Barbosa, DJe 30.04.2010). De outro lado, o Supremo Tribunal Federal, que inicialmente resistia ao conhecimento da reclamação quando diante da jurisdição constitucional abstrata (STF, Rcl. 354/AgRg, rel. Min. Celso de Mello, j. 16.05.1991), com a intensificação desta modalidade de controle passou a aceitá-la (STF, Rcl. 2143-2, rel. Min. Celso de Mello, j. 12.03.2003). Então, hoje, ambas as modalidades de controle admitem o uso da reclamação, mas enquanto no processo subjetivo a legitimidade continua vinculada às partes, no processo objetivo ela foi substancialmente ampliada. Sendo assim, a discussão relativa à força vinculante dos precedentes³⁶¹ autoriza novas especulações. É que, ao se conceber a obrigatoriedade dos precedentes, não será mais lícito conviver com a estreita legitimidade hoje cancelada pela Suprema Corte. Haveria, no particular, manifesto equívoco na restrição. É que as partes estão vinculadas ao dispositivo da decisão (coisa julgada material), ao passo que a obrigatoriedade do precedente decorre da transcendência dos motivos determinantes. Pois bem, após detectar as disparidades na densificação dos princípios constitucionais e a necessidade de um controle mais efetivo dessas decisões, o trabalho sugere a adoção do sistema de precedentes obrigatórios, isso para que alguma objetividade possa existir no manejo dessa espécie normativa. Sendo assim, para além da típica sistemática recursal disponibilizada para ver respeitado o precedente, nada impede que a reclamação, como via autônoma (LEONEL, 2011, p.272), possa igualmente servir para tal propósito, porém desde que inicialmente demonstrada a estreita compatibilidade entre os casos. Se os precedentes são obrigatórios, então é preciso efetivá-los, revelando-se a reclamação como mecanismo apto a fazer com que prevaleça o entendimento fixado pelo Supremo Tribunal Federal.³⁶²

³⁶¹ A reclamação constitucional pressupõe decisão com efeitos vinculantes (STF, Rcl. 10.231/PR, Rel. Min. Celso de Mello, DJe de 01/02/2011), de modo que não serve para reivindicar aplicação de jurisprudência consolidada do STF.

³⁶² Ensina Gilmar Ferreira Mendes: "A tendência hodierna é, pois, que a reclamação assuma cada vez mais o papel de ação constitucional voltada à proteção da ordem constitucional como um todo. Os vários óbices à aceitação da reclamação em sede de controle concentrado já foram superados, estando agora o Supremo Tribunal Federal em condições de ampliar o uso desse importante e singular instrumento da jurisdição constitucional brasileira" (MENDES; COELHO; BRANCO, 2010, p.1480-1481).

4.3 O SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL E A SUA RELAÇÃO COM OS PRÓPRIOS PRECEDENTES

A aplicação direta dos princípios constitucionais, na medida em que intensifica a atividade judicial, reclama por uma resposta definitiva do Supremo Tribunal Federal, resposta que servirá como precedente vinculante para os futuros casos, semelhantes ou equiparados. Sendo assim, fundamental é que os julgadores se esforcem na formulação da *ratio decidendi*, pois, atualmente, os votos são isoladamente proferidos e a pretendida convergência muitas vezes advém exclusivamente da parte dispositiva da decisão.³⁶³ Uma redação única, que contemple os fundamentos essenciais do julgamento em muito facilitará a compreensão da *ratio decidendi* (item 3.3.6), dispensando-se a edição de súmulas. De outro lado, o Supremo Tribunal Federal deve prestigiar os seus precedentes³⁶⁴, a eles atribuindo maior estabilidade, pois, assim, não só alcançará a desejada coerência, com reflexos diretos nas instâncias ordinárias³⁶⁵, como contribuirá para a previsibilidade do direito, até porque hoje em dia as suas decisões estão mais próximas da população.³⁶⁶ Se há preocupação com a universalização dos critérios para abarcar os casos futuros (semelhantes ou equiparados) e com a vinculação das instâncias ordinárias, é fundamental que a Corte também respeite os seus precedentes. Diz Virgílio Afonso da Silva (2011, p.376): "a possibilidade de decisões irracionais e exclusivamente subjetivas em um

³⁶³ Dispõe o art. 93 do RISTF: "As conclusões do Plenário e das Turmas, em suas decisões, constarão de acórdão, do qual fará parte a transcrição do áudio de julgamento." Ainda o art. 96: "Em caso julgamento a transcrição do áudio registrará o relatório, a discussão, os votos fundamentados, bem como as perguntas feitas aos advogados e as suas respostas, e será juntada aos autos com o acórdão, depois de revista e rubricada." Esses normativos, se não afastam a identificação da *ratio decidendi*, é bem verdade que em muito dificultam a sua compreensão (TUCCI, 2004, p.178).

³⁶⁴ Ronald Dworkin (2002, p.183) fala de uma função ordenadora horizontal, donde se retira que a justificação de uma determinada decisão deve oferecer justificação para outras decisões do mesmo nível. Ainda: Taruffo (2011b, p.149); Soriano (2002, p.133).

³⁶⁵ Ronald Dworkin (2002, p.182) ainda fala de uma ordenação vertical do precedente, de modo que a justificação veiculada pelos níveis inferiores guarde convergência com aquela estabelecida em nível superior. Ainda: Taruffo (2011b, p.148-149); Soriano (2002, p.133).

³⁶⁶ Manuel Atienza (2010b, p.118), após observar que as decisões proferidas pelos tribunais constitucionais servem à estabilização, sugere que os fundamentos sejam redigidos de modo a facilitar a compreensão "*por una persona de cultura media y e sin especiales conocimientos jurídicos.*"

sopesamento diminui na proporção em que se aumenta o respeito a precedentes." Sendo assim, um sistema de precedentes, tido como indispensável à mitigação da dispersão judicial nas instâncias ordinárias, não se sustenta quando as próprias Cortes, sem critérios objetivos, modificam esses entendimentos. Vale dizer, toda a mudança normativa – incluindo-se, aqui, as decisões judiciais – carece de justificação, exigem demonstração inequívoca de que a necessidade de adaptação do direito é mais relevante do que a sua continuidade (ZIPPELIUS, 2012, p.245). A preocupação com os precedentes reivindica que a mudança do entendimento não se faça bruscamente, com inevitáveis prejuízos à segurança jurídica. Significa dizer, em outros termos, que o problema não reside no fato de o Supremo Tribunal Federal poder alterar a orientação³⁶⁷, até porque numa sociedade pluralista os consensos são necessariamente transitórios, e sim quando tais variações são frequentes, arbitrárias, casuais e despidas de prévia justificação (TARUFFO, 2011b, p.150). Marcelo Neves (2010, p.199) chega a afirmar que essa maleabilidade é prejudicial à força normativa da Constituição e à autoconsistência constitucional do direito. Para que se tenha uma real noção do problema, não é incomum que a mudança na composição do Tribunal, pelo simples fato da mudança, também interfira no entendimento daquele colegiado. Aliás, também não é incomum nas instâncias ordinárias o descarte de entendimentos sufragados pelos Tribunais Superiores sob a explicação de que, a qualquer momento, podem eles sofrer modificações, isso com reflexos diretos na judicialização dos conflitos.

As modificações, que são viáveis e mesmo recomendáveis em determinados casos, pressupõem que o membro do colegiado trabalhe fundamentos que ainda não foram debatidos pela Corte ou que, na sua concepção, foram mal rebatidos pelo Tribunal. Há necessidade de uma sobrecarga argumentativa ou de uma intensificação do encargo argumentativo. Tanto na distinção (hipótese em que o precedente continua sendo observado) como no prevalecimento (rejeição do precedente) impõe-se justificação (ALEXY, 2001, p.262), exigência que igualmente não escapou à avaliação

³⁶⁷ Benjamin Cardozo (2004a, p.117) explica que no direito norte-americano, diferentemente do *commow law* da Inglaterra, o *overruling* é aplicado com menor rigidez, ao passo que Cruz e Tucci (2004, p.158-159) explica que, não obstante deliberado sobre a possibilidade de correção de eventuais erros no uso dos precedentes (caso *Bright v. Hutton*, de 1852), essa prerrogativa só foi efetivamente utilizada no ano de 1968 (a quebra dessa rigidez está associada a uma resolução, *Practictice Statement of Judicial Precedent*, emitida pela *House of Lords*). Ainda: Cappelletti (1993, p.122).

da comissão responsável pela elaboração do anteprojeto do novo CPC (art. 847, § 1.º) quando literalmente consignou que "a mudança de entendimento sedimentado observará a necessidade de fundamentação adequada e específica".³⁶⁸

Aqui outra importante situação se coloca, pois a superação do precedente (*overruling*) requer a produção de efeitos para o futuro (*prospective overruling*)³⁶⁹, com a necessária preservação das situações consolidadas, isso porque inicialmente são retroativos os efeitos dessa revogação (MARINONI, 2010, p.420; MITIDIERO, 2012, p.74).³⁷⁰ Dizem Thomas da Rosa de Bustamante e Denis Franco Silva (2008, p.413) que "o *overruling* de um precedente vinculante não deve ser tratado como um fato simples e insignificante, pois contradiz expectativas normativas fundadas e legítimas", prática que não é desconhecida do sistema jurídico brasileiro, na medida em que a modulação dos efeitos das decisões, se é típica do controle abstrato, já encontra receptividade até mesmo sob o enfoque do controle difuso de constitucionalidade (STF, RE 197917-8, rel. Min. Maurício Corrêa, DJ de 7.5.2004).³⁷¹

³⁶⁸ Cf. art. 882, § 1.º, do Projeto do Senado. Toni M. Fine (2011, p.85) lembra que a Suprema Corte americana, ao ventilar da revogação do precedente, leva em conta algumas questões, assim resumidas: 1. As regras mostraram-se impossíveis de serem aplicadas na prática; 2. A regra está sujeita a um tipo de condicionante que trará dificuldade ou iniquidade se for revogada. 3. Um princípio legal sofreu tantas mudanças que transformou a regra antiga em nada além de uma "reminiscência de doutrina abandonada". 4. Os fatos mudaram tanto, ou passaram a ser interpretados de forma tão diferente, que a norma original perdeu sua justificativa.

³⁶⁹ Cruz e Tucci (2004, p.179-180) distingue entre (i) a *retrospective overruling* e (ii) a *prospective overruling*. A revogação *ex tunc* (*retrospective overruling*) não permite que a decisão substituída seja invocada como paradigma para os casos pretéritos; já a revogação *ex nunc* (*prospective overruling*) determina que a nova decisão só se aplique aos casos sucessivos.

³⁷⁰ Luiz Guilherme Marinoni (2010, p.445-456) ainda estabelece importante análise sobre os efeitos retroativos e a preservação da coisa julgada material.

³⁷¹ O art. 847, inciso V, do anteprojeto do CPC (Projeto do Senado, art. 882, inciso V) registra que "nas hipóteses de alteração da jurisprudência dominante do Supremo Tribunal Federal e dos tribunais superiores ou daquela oriunda de julgamento de casos repetitivos, pode haver modulação dos efeitos da alteração no interesse social e no da segurança jurídica." Sobre a modulação de efeitos temporais, inclusive no controle difuso de constitucionalidade, discorre Ana Paula Ávila: "[...], não parece correto interpretar a possibilidade de disposição dos efeitos como somente aplicável ao controle abstrato de constitucionalidade, apenas porque está autorizada pela lei que justamente regulamenta o controle de constitucionalidade pela via de ação. Como será demonstrado mais adiante, o que efetivamente suscita a necessidade de superação da regra *ex tunc* são as normas constitucionais que tutelam a manutenção das situações geradas pela norma inconstitucional, protegendo situações deduzidas em juízo tanto pelo concreto como pelo abstrato."

4.3.1 Há preservação da liberdade do intérprete em situações distintas?

A adoção do sistema de precedentes justifica-se pela uniformidade no tratamento de questões semelhantes ou equiparadas e, se assim é, no caso futuro será utilizada a *ratio decidendi* dali extraída. Isso significa que a leitura dos precedentes deve necessariamente guardar compatibilidade com os fatos examinados, ou seja, o erro maior no trato dos precedentes é enxergá-los de modo não contextualizado ou autônomo. Lembre-se, em razão dessa assertiva, que o sistema de precedentes, do ponto de vista da justiça das decisões, é muito mais adequado que as súmulas, vinculantes ou não, na medida em que elas funcionam (não que deveria ser assim) semelhantemente ao direito legislado. Ademais, também foi dito que o sistema de precedentes não é incompatível com a independência do juiz, prerrogativa, porém, que não está solta ou dissociada da noção de sistema.

No entanto, o exteriorizado controle e a respectiva adoção do sistema de precedentes – se desejam estabilidade e previsibilidade – também não se contentam com a estagnação. Benjamin Cardozo (2004b, p.7) – na esteira de Roscoe Pound – já ensinava que o "direito deve ser estável e, contudo, não pode permanecer imóvel. Aqui repousa a grande antinomia com a qual nos defrontamos a cada momento. Repouso e movimento, regras excessivamente rígidas e completo arbítrio são igualmente destruidores." Eis o histórico dilema do direito, que não se constitui em privilégio do sistema *commow law*.³⁷² Sendo assim, diante de uma situação fática não contemplada ou substancialmente distinta, apresenta-se ao juiz o *distinguishing*³⁷³, a oportunidade

³⁷² Para tanto, eis a lembrança da polêmica entre Savigny e Thibaut acerca da codificação do direito civil alemão (TUCCI, 2004, p.207). Escreve Francisco Amaral (1998, p.117): "A expressão máxima da controvérsia sobre as vantagens e inconvenientes da codificação encontra-se na polêmica travada no séc. XIX, entre o professor de direito civil da Universidade de Heidelberg Antor Friedrich Justus Thibaut (1772 a 1840), admirador da França revolucionária, e do seu Código Civil, defendendo a codificação no seu opúsculo '*Acerca da necessidade de um direito civil geral para a Alemanha (Über die Notwendigkeit eines allgemeinen bürgerlichen Rechts für Deutschland 1814)*' e o professor Friedrich Carl von Savigny (1779 a 1861), contrário a ele no famoso ensaio '*Da vocação no nosso tempo para a legislação e a ciência do direito (Vom Beruf unserer Zeit für Gesetzgebung und Rechtswissenschaft, 1814)*.'" Ainda Calamandrei (1945, p.68).

³⁷³ Outro instrumento importante é o *overruling*, isto é, a superação de determinado entendimento por outra orientação (MANCUSO, 1999, p.172; MITIDIERO, 2012, p.73). Como diz Tomi A. Fine (2011, p.83-84), o "*stare decisis* é visto como uma tendência a seguir casos anteriormente decididos, e não

de uma consistente distinção (MITIDIERO, 2012, p.73); oportunidade em que, justificadamente, deixará de aplicá-lo. Essa faculdade, se de um lado pressupõe criteriosa análise dos fatos envolvidos, de outro não significa que o precedente fixado seja equivocado, reiteração, porém, que poderá conduzir à sua revogação (MARINONI, 2010, p.327-328). A distinção é assim explicada por René David (2000, p.13-14):

A obrigação de seguir os precedentes pode ser proclamada com vigor, mas, de fato, combina-se com a possibilidade de estabelecer distinções. O juiz seguramente levará em conta, em sua decisão, decisões judiciais anteriormente tomadas, nunca dirá que algumas dessas decisões (tomadas por jurisdições de nível superior ou simplesmente igual ao da sua) foram mal proferidas. Mas ser-lhe-á possível, com frequência, considerando as circunstâncias dos diversos casos, descobrir, na lide que lhe foi submetida, um elemento particular que não existia, ou que não fora considerado nos casos precedentes e que, se não lhe permite descartar a regra precedentemente estabelecida, pelo menos lhe possibilita precisá-la, completá-la, reformulá-la, de maneira que dê ao litígio a solução 'razoável' que o caso requer.³⁷⁴

Aqui, tem-se sustentado que a justificação atribuída pelo Supremo Tribunal Federal a determinado princípio constitucional deve servir de parâmetro para a solução de casos semelhantes (e isso decorre também da repercussão geral, própria do recurso extraordinário e sugerida em relação à ADPF). Desse modo, reafirma-se a perenidade e a idoneidade dos princípios, com o subsequente esvaziamento das críticas relativas à maior subjetividade no trato dessa espécie normativa. Disse Benjamin Cardozo (2004b, p.7): "o poder que se coloca em suas mãos (dos juízes) é grande e está sujeito, como todo poder, a abusos." A dispersão ou pulverização das decisões é reduzida. Há, nesse momento, evidente amadurecimento na compreensão esboçada pelo intérprete/aplicador, detectando-se, desde logo, as zonas de certeza positiva e negativa. Contudo, acaso diversa a situação apresentada ao juiz, dúvidas não há quanto à possibilidade da diferenciação, o que lhe permite deixar de lado o

como uma regra inflexível." O *overruling* (revogação do precedente) distingue-se do *overrinding* (limitação do alcance ou revogação parcial do precedente), conforme Marinoni (2010, p.347).

³⁷⁴ Diz Chaïm Perelman (2005, p.478): "As decisões, a motivação delas, contribuem para a elaboração da ordem jurídica, pois fornecem precedentes para decisões futuras. O sistema jurídico se constitui, de fato, progressivamente, porque os precedentes permitem a aplicação da regra de justiça, que requer que se trate da mesma forma situações essencialmente semelhantes. É verdade que essa regra não é unívoca nem coerciva, pois o juiz está autorizado a mostrar que a nova situação não é essencialmente semelhante ao precedente; mas não lhe basta pretendê-lo, ele deve ainda justificar seu ponto de vista." Ainda: Theodoro Jr., Nunes e Bahia (2011, p.761); e Marinoni (2010, p.332).

precedente fixado ou interpretá-lo para alcançar situação inicialmente não visualizada (universalização excepcional)³⁷⁵.

No entanto, é preciso insistir que a diferenciação não decorre de postura arbitrária do julgador, e por isso a fundamentação é mais uma vez impositiva (ALEXY, 2001, p.259). Chaïm Perelman e Lucie Olbrechts-Tyteca (2000, p.120-121) extraem esse raciocínio do princípio da inércia, no sentido de que a opinião expressada anteriormente continuará no futuro, seja por coerência ou por força do hábito. A inércia autoriza contar com o normal, com o habitual, ao passo que "a mudança, em compensação, deve ser justificada; uma decisão, uma vez tomada, só pode ser alterada por razões suficientes. [...]. É graças à inércia que a técnica da coisa julgada é prolongada, por assim dizer, pela técnica do precedente." Não basta, ao juiz, sustentar posição diversa daquela estabelecida pela Corte, como se fosse absoluta a liberdade para formar o seu convencimento. Se a *ratio decidendi* foi estabelecida e se o caso futuro não difere substancialmente daquele analisado, espaço não há para distinção.

Enfim, esse sistema, se não está isento de críticas, ao menos oferece uma resposta possível para a suscitação inicial. Primeiro, porque cria condições para que semelhantes situações recebam idêntico julgamento. Segundo, porque atribui solução mais expedita para os casos idênticos, em caráter tanto provisório como definitivo. Terceiro, porque prestigia a organização e hierarquia da atividade jurisdicional. Por último, porque autoriza que o juiz aprecie de modo diferente os casos efetivamente distintos, com evidente aperfeiçoamento da densidade atribuída aos princípios constitucionais. Enfim, afasta-se o egoísmo da atividade jurisdicional, reservando-se a indispensável criatividade para as situações ainda não examinadas ou substancialmente diferentes.³⁷⁶ O Estado de Direito não legitima que cada juiz possa (diante de uma

³⁷⁵ Cf. MacCormick (2008, p. 124).

³⁷⁶ Escreve Cruz e Tucci (2004, p.175): "Anotar-se, por outro lado que, quando o juiz inglês se depara com uma questão pela primeira vez (*first impression*), sem que tenha existido a respeito prévia discussão pelos tribunais, considera-se um *hard case* (em contraposição aos *clear cases*, ou seja, amparados por precedentes). Os juizes terão então de enfrentar o mérito da controvérsia, deixando, nessa situação, de buscar subsídios imediatos nos *Law Reports*."

situação já consolidada)³⁷⁷ interpretar como melhor lhe convém ou, em termos diferentes, a segurança jurídica ainda constitui um dos pilares da ordem jurídica.

4.4 O CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE DAS DECISÕES JUDICIAIS E O TEMPO DO PROCESSO

O definitivo controle da constitucionalidade das decisões judiciais baseadas em princípios constitucionais – por meio do Supremo Tribunal Federal – num primeiro momento parece colidir com a exigência, hoje constitucional, da "razoável duração do processo" (CF, art. 5.º, LXXVIII)³⁷⁸, isso com negativos reflexos à efetividade da tutela jurisdicional. Contudo, assim não o é, e as razões não são complexas. Primeiro, porque o caso paradigma (*precedent case*) é compatível com a tutela cautelar e também com a antecipação dos efeitos da tutela satisfativa, de modo que não só é possível assegurar o direito material alegado, como também satisfazê-lo ainda que provisoriamente. A prioridade no processamento dessas demandas é igualmente possível, notadamente por força da abertura que é dada pelo normativo constitucional ao se referir aos meios que garantam a celeridade da tramitação. Segundo, porque, estabelecido o precedente, é possível a sua invocação em situações idênticas ou similares. Sendo assim, se pode haver (e isso é necessário) uma exploração mais intensa das fases procedimentais em relação ao

³⁷⁷ Eis as considerações de Roger Stiefelmann Leal (2006, p.112): "A instituição de canais de diálogo entre a jurisdição constitucional e os demais órgãos e poderes estatais, de modo a permitir necessária oxigenação da jurisprudência constitucional, não é justificativa plausível para que se dê lugar a um estado de controvérsia política permanente, minando o prestígio da jurisdição constitucional e da própria Constituição, bem como a segurança e a estabilidade indispensáveis às relações interpessoais e, principalmente, interpoderes."

³⁷⁸ Ensina Niceto Alcalá-Zamora y Castillo (1961, p.62-63): "*La excesiva duración de los litígios constituye uno de los mayores y más viejos males de la administración de justicia, sobre todo desde que ella se adueñó la tramitación escrita y, por ende, el afán de remediarla implica una de las preocupaciones esenciales de cualquier reforma procesal.*" De certa forma, essa preocupação já estava presente quando da elaboração do CPC/73. Constou da exposição de motivos elaborada por Alfredo Buzaid o seguinte: "O processo civil é preordenado a assegurar a observância da lei; há de ter, pois, tantos atos quantos sejam necessários para alcançar essa finalidade. [...]. As duas exigências que concorrem para aperfeiçoá-lo são a rapidez e a justiça. Força é, portanto, estruturá-lo de tal modo que ele se torne efetivamente apto a administrar, sem delongas, a justiça."

caso paradigma, os demais, dadas as similitudes fáticas e jurídicas, agora receberão rápida e efetiva tutela, sem sobressaltos ou surpresas, decorrendo daí a adoção de um cauteloso sistema de precedentes.

4.4.1 Demanda paradigma: da tutela cautelar e da antecipação dos efeitos da tutela

A noção de efetividade e a subsequente preocupação com o tempo do processo estão ligadas ao direito fundamental de acesso à justiça (CF, art. 5.º, XXXV).³⁷⁹ O processo, sem descuidar da experimentada autonomia³⁸⁰, superou os entraves de acessibilidade e mais se preocupou com o direito material afirmado, resultando daí, mesmo que tardiamente, o abandono da histórica concepção que o confinava "a um fim em si mesmo". Como diz Mauro Cappelletti (1993, p.13), depois de uma prolongada autonomia da ação e da relação jurídica processual, o nexó entre processo e direito material foi redescoberto pelos processualistas. A conscientização de que o processo almeja resultados fez com que os processualistas revisitassem os institutos processuais, sintonizando-os à nova metodologia (BEDAQUE, 2009, p.18; WATANABE, 2000, p.20-

³⁷⁹ Diz Luiz Guilherme Marinoni (2006, p.221): "a norma constitucional que afirma que a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito (CF, art. 5.º, XXXV) significa, de uma só vez, que: i) o autor tem o direito de *afirmar* lesão ou ameaça a direito; ii) o autor tem o direito de ver essa *afirmação apreciada* pelo juiz quando presentes os requisitos chamados de condições da ação pelo art. 267, VI, do CPC; [...]; vi) o autor tem o direito à *sentença e ao meio executivo* capaz de dar plena efetividade à tutela jurisdicional por ela concedido; vii) o autor tem direito à antecipação e à segurança da tutela jurisdicional; e viii) o autor tem o direito ao *procedimento* adequado à situação de direito substancial carente de proteção." Talvez, ainda, seja melhor visualizá-la à luz do direito fundamental à tutela adequada e efetiva; por todos, Marinoni e Mitidiero. Para os referidos autores, inclusive, a efetividade "compõe o princípio da *segurança jurídica*", ou seja, "um ordenamento jurídico só é *seguro* se há *confiança* na realização do direito que se *conhece*" (SARLET; MARINONI; MITIDIERO, 2012, p.627-639).

³⁸⁰ Sobre a fase científica do processo e, no particular, sobre a importância do estudo do direito de ação na ciência processual (ALVIM, 2007, p.99; THEODORO JR., 2002, p.46). Eis ainda as lições de Alcides Munhoz da Cunha (2001, p.66-67): "A segunda fase na evolução do direito processual é identificada como a fase da autonomia da ação ou fase científica do processo, que animou o surgimento do direito processual civil como ciência, informada por conceitos, princípios e institutos que obedecem a uma ordem lógico-jurídica, donde a dogmática jurídica, processual. Pode-se dizer seguramente que, embora seja 'antigo o processo, é moderníssima a ciência processual'. Inaugurou-se a fase científica do processo civil no último quartel do século XIX, com os estudos de BERNHARD, WINDSCHEID, THEODOR MUTHER e OSKAR VON BULÖW. [...]. Foi consolidado a partir de então o conceito processual da ação, como direito subjetivo público, autônomo, instrumental, abstrato e condicionado."

21), de modo que a instrumentalidade substancial, hoje, não apenas caracteriza o processo civil contemporâneo, como também faz da razoável duração do processo um objetivo a ser plenamente alcançado (BARBOSA MOREIRA, 1997a, p.17-18; DINAMARCO, 1996, p.293). Então, preocupar-se com o tempo do processo é preocupar-se com a efetividade (com os resultados) do processo, significando, mais, preocupar-se com as relações substanciais conflituosas carentes de tutela ou com a efetiva realização dos direitos. Daí a inquietação: é possível atribuir efetividade ao caso paradigma quando a tese pressupõe definitiva apreciação da decisão judicial pelo STF? Dito de outro modo, a cognição plena (plano horizontal) é ainda compatível com a duração razoável do processo?

A solução da lide, não poucas vezes, reclama ampla produção de provas e exaustivo debate acerca das teses jurídicas agitadas, ou seja, ainda que se tenha preocupação com o tempo do processo, a sua maior ou menor duração dependerá da complexidade que é própria do direito material afirmado.³⁸¹ Sendo assim, a cognição e o procedimento adequados, explica Kazuo Watanabe (2000, p.124), devem atender "às exigências das pretensões materiais quanto à sua natureza, à urgência da tutela, à definitividade da solução e a outros aspectos, além de atender às opções técnicas e políticas do legislador". Ainda Donaldo Armelin (1992, p.50): "a exigência de cognição plena não é por si só e sempre um empeco à celeridade da prestação jurisdicional, cujo retardamento tem raízes outras e, por vezes, acentuadamente determinantes de sua ocorrência."

Na espécie, cuida-se da aplicação *per saltum* dos princípios constitucionais, revelando-se importante o pronunciamento atribuído pelo Supremo Tribunal Federal, agora no intuito de que a densificação operada ou cancelada possa servir de precedente obrigatório. Daí a exigência de uma cognição plenária, leitura, todavia, que não se contenta com o perecimento do direito material e nem mesmo inibe que a parte, ainda que provisoriamente, possa gozar do bem da vida. Dito de outro

³⁸¹ Leciona José Roberto dos Santos Bedaque (2009, p.34-35): "Grande parte dos fenômenos processuais leva em conta dados fornecidos pela situação da vida regrada pelo direito material. [...]. Em síntese, a multiplicidade de tutelas decorre diretamente das especificidades das situações controvertidas regidas pelas regras de direito material. O modelo estatal de solução de controvérsias (processo) varia em função da ação de técnicas diversas, cada qual adequada a determinada espécie de crise verificada no plano substancial. É preciso compatibilizar os meios às soluções previstas pelo direito material."

modo, não é porque se exige cognição plena (e exauriente) à certificação do direito tutelado que a proteção assecuratória ou mesmo a sua provisória satisfação está desautorizada. Há, portanto, instrumentos que não só podem assegurar o direito material em disputa, como podem satisfazer provisoriamente esses direitos³⁸², presentes certos requisitos.

Contudo, é preciso acentuar que o perfil desses institutos é diverso.³⁸³ Enquanto a tutela cautelar apenas assegura o direito³⁸⁴, a antecipação dos efeitos da tutela realiza provisoriamente o direito material. Diz Daniel Mitidiero (2012, p.38): "a tutela cautelar apenas *assegura* a possibilidade de fruição eventual e futura do direito acautelado, ao passo que a tutela antecipada desde logo possibilita a *imediata realização* do direito." Então, se antes a atenção estava mais voltada à proteção assecuratória do direito, hoje é também possível que a satisfação, mesmo que provisória, ocorra independentemente do trânsito em julgado da sentença. Há, portanto, o desejo de que o processo sirva – da melhor forma possível – ao direito material ameaçado ou violado. Por vezes, aliás, essa proteção ou satisfação provisória ocorre sem a ouvida da parte adversa, no limiar do processo³⁸⁵, sem que isso

³⁸² Explica Luiz Guilherme Marinoni (2004, p.147): "como o direito à efetividade da tutela jurisdicional deve atender ao direito material, é natural concluir que o direito à efetividade engloba o direito à pré-ordenação de técnicas processuais capazes de dar respostas adequadas às necessidades que dele decorrem."

³⁸³ Adverte Luiz Guilherme Marinoni (2004, p.113): "Portanto, negar a diferença entre tutela cautelar e tutela antecipatória não constitui apenas uma opção teórica, mas também uma tomada de posição que pode inviabilizar a tutela de cognição sumária não instrumental e, assim, a efetividade da proteção de uma série de direitos que não podem ficar sem tutela adequada."

³⁸⁴ Sobre a expansão e subsequente vulgarização do processo cautelar, eis as palavras de Ovídio Baptista da Silva (2007, p.13): "A expansão do processo cautelar (não necessariamente da tutela cautelar) explica-se, portanto, em virtude de uma lógica imanente ao próprio sistema seguido pelo direito brasileiro. Se o juiz não puder conceder jamais medidas liminares porque o processo de conhecimento, por definição, não contém execução simultânea com a cognição, então, o modo como os juristas práticos conseguem superar a dificuldade, 'desordinarizando' o emperrado procedimento ordinário, fica reduzido exclusivamente ao emprego do processo cautelar, como via alternativa de sumarização das demandas satisfativas que exijam tratamento urgente, incompatível com a ordinariedade. Esta era a razão para o número cada vez maior das conhecidas medidas 'cautelares-satisfativas', de que iremos tratar mais adiante e que de cautelares apenas tinham o nome e a forma procedimental, tendência esta que foi mitigada em virtude da introdução, em nosso sistema, das chamadas 'antecipações de tutela', que reproduzem basicamente aquelas medidas ditas 'cautelares-satisfativas', antes utilizadas pela via do processo cautelar." Ainda: Marinoni (2000, p.123).

³⁸⁵ Sobre o sentido da palavra, as considerações de Adroaldo Furtado Fabrício (1997, p.25): "A fim de se poder desde logio desembaraçar o raciocínio de um fator de perturbação, importa deixar registrado a esta altura que o adjetivo liminar não designa uma categoria pertencente à

implique prejuízo ao contraditório e à ampla defesa (ideia de contraditório diferido ou postecipado). Ensina Luiz Guilherme Marinoni (2000, p.238-239):

A liminar *inaudita altera parte* responde a uma exigência de tutela jurisdicional imediata e, como é sabido, muitas vezes apenas uma tutela imediata, satisfativa ou cautelar, é apta para tornar efetiva a prestação jurisdicional do Estado. [...]. Não há, obviamente, nestes casos, lesão ao princípio do contraditório, já que a liminar é, pela sua própria essência, sumária e, nesse sentido, provisória. A provisoriedade da liminar permite que o réu apresente defesa e recurso contra o seu deferimento. A postergação do contraditório é legítima, pois atende a um princípio merecedor de atenção, isto é, à efetividade do direito de ação.

A cautelar exige (i) aparência do direito e (ii) fundado receio de dano irreparável ou de difícil reparação³⁸⁶, sendo descabido se falar em cautelaridade sem urgência. A antecipação dos efeitos da tutela satisfativa requer (i) prova inequívoca que convença o juiz sobre a verossimilhança da alegação³⁸⁷, requisito que reivindica combinação³⁸⁸, alternativamente, (ii) com o fundado receio de dano irreparável ou de

mesma ordem de ideias das expressões cautela e antecipação de tutela. [...]. Em linguagem processual, a palavra designa o provimento judicial emitido *in limite litis*, no momento mesmo em que o processo se instaura. A identificação da categoria não se faz pelo conteúdo, função ou natureza, mas somente pelo momento da prolação. [...]. O critério é exclusivamente topológico."

³⁸⁶ Explica Ovídio Baptista da Silva (2007, p.42): "O segundo elemento indispensável para a formação do conceito de tutela assecurativa (cautelar) é o que a doutrina costuma indicar como *periculum in mora* e que nós, por razões que ficarão claras no curso da exposição, preferimos tratar como perigo de dano iminente e irreparável. A locução *periculum in mora* não é incorreta, mas é ambígua. Na verdade, a tutela cautelar legitima-se porque o direito, carente de proteção imediata, poderia sofrer um dano irreparável, se tivesse de submeter-se às exigências do procedimento ordinário. [...]. Se, no entanto, estivermos a imaginar um remédio contra a demora (*periculum in mora*), provavelmente seremos levados a conceber algum meio de antecipar a proteção jurisdicional, outorgando, desde logo, a tutela que somente seria outorgada no final do procedimento ordinário."

³⁸⁷ Sobre o tema, discorre Kazuo Watanabe (1996, p.33-34): "Mas um ponto deve ficar sublinhado: *prova inequívoca não é a mesma coisa que 'fumus boni iuris' do processo cautelar*. O juízo de verossimilhança ou de probabilidade, como é sabido, tem vários graus, que vão desde o mais intenso até o mais tênue. O juízo fundado em prova inequívoca, uma prova que convença bastante, que não apresente dubiedade, é seguramente mais intenso que o juízo assentado em simples 'fumaça', que somente permite a visualização de mera silhueta ou contorno sombreado de um direito."

³⁸⁸ Essa combinada exigência encontra maior flexibilidade quando, desde logo, um dos pedidos ou parcela deles se mostra incontroverso (CPC, art. 273, § 6.º). Nessas hipóteses, porque a pretensão de direito material é mais do que verossímil, não há que se falar na sua conjugação com os demais requisitos genericamente traçados pelo art. 273, *caput*, do CPC.

difícil reparação (requisito que não difere daquele exigido pela tutela cautelar)³⁸⁹; (iii) com o abuso do direito de defesa ou, ainda, (iv) com o manifesto propósito protelatório do réu. Então, se é comum pensar na antecipação dos efeitos da tutela baseada no fator urgência, isso não significa descartá-la quando não caracterizado esse requisito, preocupação agora direcionada à distribuição racional do tempo do processo (MARINONI, 2000, p.135). A antecipação dos efeitos da tutela opera com base em sumária cognição³⁹⁰, perspectiva que pode também alcançar a tutela cautelar, quando objeto da antecipação³⁹¹, sendo igualmente possível se cogitar da fungibilidade dessas medidas nos termos do art. 273, § 7.º, do CPC.³⁹²

³⁸⁹ Em relação à antecipação dos efeitos da tutela inibitória, explica Luiz Guilherme Marinoni (2004, p.282: "A tutela antecipatória *não requer, nesses casos, a probabilidade de dano irreparável ou de difícil reparação*. A idéia de subordinar a tutela antecipatória ao dano provável está relacionada a uma visão das tutelas que desconsidera a necessidade de tutela dirigida unicamente contra o ilícito. Se há necessidade de tutela destinada a evitar ou a remover o ilícito, independentemente do dano que eventualmente possa por ele ser gerado, a tutela antecipatória, seja de inibição ou de remoção, *também não deve se preocupar com o dano*. No caso de inibição, basta a probabilidade de que *venha a ser praticado ato ilícito*, enquanto, na remoção, é suficiente a probabilidade de que *tenha sido praticado ato ilícito*." Ainda Sérgio Cruz Arenhart (2000, p.121): "A exigência para a proteção *initio litis* diz com a impossibilidade de aguardo da decisão definitiva, porquanto a ameaça de lesão ao direito mostra-se premente – deve acontecer antes de completado o iter necessário para a tutela final." Continua: "Ainda nessa seara, importa salientar que o perigo de ineficácia do provimento não se relaciona, ao menos de modo imediato, com a superveniente ocorrência de um dano. Como visto, a tutela inibitória se liga à proteção contra o ilícito. Destarte, o *periculum in mora* representa a própria possibilidade de ocorrência do ilícito, sem necessária perquirição sobre a eventual causação do dano conexo." (p.123).

³⁹⁰ Leciona Kazuo Watanabe (2000, p.125 e 132-133): "Cognição sumária é uma cognição superficial, menos aprofundada no sentido vertical. [...] a técnica da cognição sumária é utilizada nos processos sumários em geral, de que são espécie os processos cautelares, na antecipação da tutela em todo processo de conhecimento (art. 273, CPC), e também em alguns processos de conhecimento de cognição exauriente que admitem, por expressa previsão legal, a concessão de provimentos antecipatórios, (o que hoje seria dispensável diante da regra geral do art. 273)."

³⁹¹ Nesse sentido: Fabrício (1997, p.26); Mitidiero (2012, p.43).

³⁹² Essa fungibilidade não quer significar que exista identidade entre os fins objetivados por essas categorias, e nem mesmo que os requisitos sejam exatamente os mesmos. A cautelar assegura o direito afirmado, ao passo que a antecipação dos efeitos da tutela o realiza, ainda que provisoriamente. Comum, na espécie, é apenas o fundado receio de dano irreparável ou de difícil reparação, que na cautelar está combinado à aparência do direito, ao passo que na antecipação dos efeitos da tutela o vínculo se dá com a prova inequívoca que convença da verossimilhança da alegação. A fungibilidade é prevista, no entanto, em benefício da instrumentalidade/efetividade do processo, a fim de que o juiz possa – em não se convencendo da presença dos requisitos para a antecipação dos efeitos da tutela (que é mais intensa) – ao menos assegurar o direito objeto de tutela, no mesmo processo (essa franquia, à evidência, esvaziou o cabimento das cautelares incidentais na forma concebida pelo CPC/73). No particular, tanto a doutrina como a jurisprudência entendem que essa fungibilidade pode se dar em ambos os sentidos (uma via de mão-dupla), leitura que pode encontrar alguma restrição no que diz respeito ao princípio dispositivo.

Em outros termos, o caso paradigma é compatível não apenas com a tutela cautelar, como também admite sejam antecipados, total ou parcialmente, os efeitos da tutela satisfativa, em qualquer momento ou grau de jurisdição, de modo que a maior duração do processo não sugere maiores prejuízos à efetividade³⁹³. Ademais, ao lado dessas previsões, é importante destacar que o comando normativo – ao assegurar a duração razoável do processo – também autoriza sejam empreendidos meios para a celeridade da tramitação, densidade que poderá ser atribuída pelo juiz nas hipóteses de falta ou insuficiência da legislação regulamentadora, ou seja, nada obsta que o juiz, fundamentadamente, possa conferir distinguida tramitação à referida demanda.³⁹⁴

³⁹³ Com a incorporação da tutela de evidência o processo civil brasileiro ganhará em efetividade, especialmente se o novo instituto também admitir cabimento quando da existência de precedente firmado pelo Supremo Tribunal Federal (item 4.1.2).

³⁹⁴ Sidnei Beneti (2007, p.338) explica: "A organização judiciária deve prever mecanismos de *fast-track*, para andamento diferenciado e célere no sentido da manifestação jurisdicional de cada um dos órgãos judiciários pelos quais tenha de passar o caso até consolidar-se na jurisprudência dos tribunais superiores – e estes, por sua vez, também devem prever mecanismos de tramitação acelerada, para que os casos não se misturem com as numerosas lides individuais em curso."

5 CONCLUSÕES

A força normativa dos princípios constitucionais revela uma das importantes nuances do direito constitucional contemporâneo, de modo que é possível invocá-los em abono a determinada pretensão de direito material mesmo nas hipóteses de ausência ou deficitária mediação legislativa.

A ordem jurídica atribui normatividade aos princípios constitucionais explícitos e implícitos, respeitando-se, quanto aos últimos, o programa normativo-constitucional. Os princípios constitucionais são aqueles expressos na Constituição ou aqueles dela derivados, sendo vedado ao intérprete/aplicador tomá-los indistintamente como princípios gerais do direito.

Os princípios constitucionais, na medida em que se abrem mais intensamente às escolhas ou decisões morais, reaproximam duas antagônicas leituras (juspositivismo e jurnaturalismo), constatação, todavia, que não significa abandono à positividade do direito. A normatividade conferida aos princípios constitucionais supera parcialmente o positivismo legalista, porém não legitima o abandono da racionalidade do direito.

A positivação dos princípios constitucionais, ainda que em estatuto de envergadura maior, não os imuniza das opções valorativas no momento da densificação judicial. Aliás, típicas das sociedades contemporâneas, as Constituições democráticas do segundo Pós-Guerra hospedam aspirações e ideais que se achegam à conflituosidade, sendo certo que os problemas que desafiam o intérprete/aplicador, se antes estavam voltados à falta de normatividade desses preceitos, agora dizem respeito às diferentes leituras por eles admitidas.

A distinção forte entre regras e princípios constitucionais constitui um dos marcos teóricos do trabalho, na medida em que se preocupa com a racionalidade e o controle interno das decisões judiciais que aplicam diretamente princípios constitucionais. Sendo assim, na esteira de Robert Alexy são eles vislumbrados como comandos *prima facie* ou mandamentos de otimização, categoria normativa que descreve genericamente o suporte fático (prótase) e apenas aponta para os efeitos jurídicos (apódose), sujeitando-se, acima de tudo, às diferentes concepções valorativas do intérprete/aplicador.

Os princípios constitucionais, dadas às características apontadas, dão espaço às ampliações e (ou) restrições interpretativas, seja no que diz respeito ao acolhimento ou não de determinada situação fática, seja em relação às eventuais hipóteses de colisão intra e entre princípios constitucionais, situação agravada pela ausência de prévia ponderação legislativa.

Os princípios constitucionais alimentam uma interpretação mais intensa, razão pela qual a atividade judicial não se afeiçoa à mera declaração. Equivale dizer: na medida em que não há valores absolutos, as discrepâncias interpretativas ocorrem até mesmo entre dois juízes com a capacidade de Hércules, conclusão, por conseguinte, que arreda a ideia de uma única resposta correta. Então, dependendo da formação do intérprete/aplicador, se utilitarista, liberal, liberal igualitário, comunitarista ou crítico-deliberativo, diferentes serão as respostas atribuídas ao caso examinado.

O risco de eventual arbitrariedade na densificação dos princípios constitucionais sugere maiores cuidados na justificação das decisões judiciais que aplicam diretamente esses preceitos, razão pela qual (i) procurou-se delinear metodologia que a torne mais racional; e (ii) também intensificar o controle interno mediante a obtenção de resposta definitiva que sirva de precedente para a solução dos casos iguais ou assemelhados. Decorre daí a terminologia empregada no título: racionalidade e controle das decisões judiciais que aplicam diretamente princípios constitucionais.

Os princípios constitucionais contemplam suporte fático amplo, porquanto não se exige do constituinte e do intérprete/aplicador o detalhamento das hipóteses de incidência desses comandos. Dissociam-se os direitos das restrições, de modo que um direito ilimitado *prima facie*, mediante restrições, converte-se num direito limitado. Todavia, essa assertiva não desautoriza que algumas situações sejam inicialmente afastadas do campo de incidência dos princípios constitucionais, pois, do contrário, tudo depende dos mais subjetivos critérios ponderativos. No particular, como limitadores, colocam-se: (i) o texto da norma; e (ii) a interpretação dos fatos (dados da realidade).

O intérprete/aplicador complementa o trabalho do legislador, sendo correto afirmar que constrói a norma jurídica a partir de algo (texto normativo). Há um ponto de partida que não pode ser ignorado pelo intérprete/aplicador e que pode sinalizar para uma ausência *prima facie* de chancela normativa a determinada situação concreta. Então, sob o aspecto positivo, a norma jurídica abstrata facilita a densificação dos

princípios constitucionais, ao passo que, sob o aspecto negativo, ela se mostra mais eficiente, afastando situações concretas independentemente de ponderação ou sopesamento. A norma jurídica é também reconstruída a partir dos fatos, razão pela qual algumas especificidades da situação concretizada podem afastar a incidência do princípio constitucional.

A superação das limitações iniciais não quer significar o término do processo hermenêutico. A norma jurídica, neste nível, é genérica. A concretização dos princípios constitucionais ainda depende das condições jurídicas, fatores externos verbalizados pelos princípios colidentes ou pelas leituras concorrentes do preceito constitucional em disputa.

As colisões intra e entreprincípios constitucionais, dada a impropriedade dos critérios hermenêuticos tradicionais, reivindicam ponderação ou sopesamento, valendo-se, para tanto, do princípio da proporcionalidade (adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito). Contudo, porque o princípio da proporcionalidade requer uma medida concreta para ser testada e o trabalho versa sobre a incidência dos princípios constitucionais sem mediação legislativa, permanece, nessas hipóteses, a proporcionalidade em sentido estrito como passagem exclusiva da ponderação judicial.

A proporcionalidade em sentido estrito esboça a ideia de equilíbrio, evitando-se restrições a direitos fundamentais que não justifiquem a realização do objeto perseguido. Pretende-se, com ela, não apenas evitar o exagero na restrição, mas, por igual, coibir a insuficiência na proteção do princípio constitucional, leitura que sugere um satisfatório delineamento do quadro fático.

A racionalidade na aplicação dos princípios constitucionais depende de um forte contraditório, de um contraditório que envolva o juiz e assegure às partes o direito de influir efetivamente na construção da decisão judicial. Se a ponderação não dispensa uma cuidadosa topografia do conflito, tal situação pode ser alcançada pela ideia de processo cooperativo, mitigando-se, inclusive, o *iura novit curia*.

A racionalidade na aplicação dos princípios constitucionais pressupõe que as justificações sirvam de parâmetro para a solução de casos semelhantes ou equiparados, exigência que decorre da justiça formal. O juiz, na formação do seu convencimento, tem o dever de fazê-lo com os olhos voltados para o futuro, no sentido de que a decisão de hoje se paute por fundamentos que ele esteja disposto a adotar noutros casos.

As decisões judiciais que densificam princípios constitucionais explícitos ou implícitos, não obstante instrumentalizadas pela proporcionalidade em sentido estrito, ainda carecem de contornos mais seguros, decorrendo daí a necessidade de aprimoramento do controle interno na aferição do excesso e da insuficiência.

A aplicação dos princípios constitucionais nas hipóteses de ausência ou deficitária mediação legislativa revela uma atividade em que mais intensamente são concentrados os momentos de criação e aplicação da norma jurídica. Em outras palavras, a incidência direta dos princípios constitucionais e a subsequente superação da omissão legislativa pelo juiz exterioriza uma diferente feição do controle de constitucionalidade, porquanto o ato jurídico imediatamente parametrizado com a Constituição é necessariamente a decisão judicial.

O juiz, na medida em que densifica diretamente os princípios constitucionais, pode também incorrer em inconstitucionalidade (inconstitucionalidade positiva). Sendo assim, a densidade normativa por ele atribuída passa a ser foco central desse controle, decorrendo daí a ideia de controle de constitucionalidade das decisões judiciais, concreto e difuso, já que as decisões judiciais não desafiam uma fiscalização principal e abstrata. Aliás, pode-se dizer que o perfil judicial delineado revitalizou o controle concreto e difuso de constitucionalidade.

A declaração de nulidade parcial sem redução de texto e a interpretação conforme a Constituição são técnicas compatíveis com o controle concreto e difuso de constitucionalidade, mas, porque localizadas na fundamentação da sentença ou acórdão, ou seja, porque não constituem o objeto central do processo, quase sempre não são percebidas.

O controle de constitucionalidade das decisões judiciais se coloca por conta da inexigibilidade de lei regulamentadora ou mesmo pela timidez dos instrumentos disponibilizados à superação das omissões legislativas, cuidando-se, na espécie, de um controle substancial da constitucionalidade. Sendo assim, porque resta pulverizada a interpretação constitucional, são reivindicados instrumentos que possam mitigar a absoluta confusão no trato dessa espécie normativa.

A resposta definitiva em matéria constitucional incumbe ao Supremo Tribunal Federal, órgão responsável pela uniformização da interpretação constitucional (*nomofilachia* das Cortes). O recurso extraordinário e a arguição de descumprimento de preceito fundamental, com as necessárias adaptações, são instrumentos aptos à

obtenção da resposta definitiva, mostrando-se indispensável, porém, que a questão constitucional tenha relevância e transcendência. Significa dizer: o recurso extraordinário reivindica a adoção de um sistema de precedentes, ao passo que a arguição de descumprimento de preceito fundamental, cuja decisão já vincula, pressupõe a ampliação da legitimidade ativa *ad causam*.

A decisão judicial que ostensivamente descumpra preceito fundamental também dá ensejo à ADPF, isto é, a interpretação judicial pode também ser objeto da arguição de descumprimento de preceito fundamental, na medida em que o art. 1.º da Lei n.º 9.882/99 fala em qualquer ato do poder público. Sendo assim, não obstante o viés subsidiário do instituto, a segurança jurídica pode sugerir uma intervenção imediata e antecipada do Supremo Tribunal Federal para evitar a dispersão das decisões, sendo possível, inclusive, cogitar de uma fungibilidade parcial entre o recurso extraordinário e a arguição de descumprimento de preceito fundamental, mecanismo último que – dado o caráter vinculante da interpretação – apresenta solução mais eficiente na previsibilidade do direito.

A repercussão geral, nos termos aqui desenvolvidos, é requisito comum ao recurso extraordinário e à arguição de descumprimento de preceito fundamental. Mais, a incidência direta dos princípios constitucionais, porque estreita a relação entre direito e política e se volta costumeiramente à tutela dos direitos fundamentais, guarda, de início, relevância do ponto de vista político e jurídico; já o encontro entre o caráter argumentativo do direito e a previsibilidade dele esperada, porque reivindica um sistema de precedentes, torna clara a transcendência, como, por igual, o relevo do viés nomofilático do Supremo Tribunal Federal.

A potencialização do caráter nomofilático do Supremo Tribunal Federal sugere coordenadas que tornem as suas decisões mais racionais e aceitáveis. Então, para além da pretensão à universalização, impõe-se que a própria Corte auxilie na identificação da *ratio decidendi*, prestigiando-se dessa forma uma "autoria institucional". Ainda, a fim de que a resposta definitiva também seja a melhor resposta, sugere-se: (i) sinceridade na identificação da matriz interpretativa ou na identificação das premissas teóricas; (ii) verticalização do princípio do contraditório; e (iii) abertura na construção do processo decisório.

O sistema de precedentes sugere um arranjo que pode contribuir à previsibilidade do direito, sem, contudo, obstaculizar sua evolução. A incorporação do sistema de precedentes é menos traumática que a adoção de súmulas de efeitos vinculantes e, acima de tudo, mais eficiente que a prática atual em que a "jurisprudência" é aplicada exclusivamente pela invocação de ementas. Eis a razão: o sistema de precedentes está intimamente ligado ao contexto fático.

No cenário jurídico brasileiro historicamente se entendeu que as decisões do Supremo Tribunal Federal não são vinculantes (ausência do *stare decisis*), ainda que se reconheça dos constrangimentos gerados pelo controle concreto e difuso de constitucionalidade. Contudo, isso não significa indiferença à segurança jurídica, pois, na espécie, a ampliação dos efeitos da decisão conta com a participação do Senado Federal.

No contexto atual, em que os princípios constitucionais são aplicados independentemente de mediação legislativa, a conciliação possível entre dois lugares-comuns (previsibilidade e caráter argumentativo do direito) só pode ser alcançada por meio de uma hermenêutica amiga dos precedentes, por um olhar diferenciado sobre esse material jurídico. Então, na medida em que está em discussão o novo Código de Processo Civil, instrumento que já demonstrou preocupação com a racionalidade das decisões pautadas por essa categoria normativa, sugere-se, no particular, que o respeito aos precedentes reste ostensivamente assegurado.

O sistema de precedentes, tido como indispensável à mitigação da dispersão judicial, exige que o Supremo Tribunal Federal respeite os seus precedentes (eficácia horizontal). Contudo, isso não significa imutabilidade, até porque numa sociedade pluralista os consensos são necessariamente provisórios, mas, apenas, que as variações frequentes ou violentas sejam evitadas. As mudanças normativas, incluindo-se, aqui, as decisões judiciais, carecem de justificação, exigem demonstração inequívoca de que a necessidade de adaptação do direito é mais relevante do que a sua continuidade. Enfim, pressupõe uma sobrecarga argumentativa de parte do Tribunal.

A leitura dos precedentes pressupõe o exame dos fatos, já que o maior erro reside em não contextualizá-lo. Sendo assim, diante de uma situação fática não contemplada ou substancialmente distinta, apresenta-se ao juiz o *distinguishing*. Então, por isso, cogita-se de uma universalidade excepcionável, diferenciação, porém,

que repulsa as posturas arbitrárias ou não motivadas do julgador. A distinção há de ser consistente.

O definitivo controle de constitucionalidade das decisões judiciais não colide com a razoável duração do processo, primeiro porque o caso paradigma conta com a tutela cautelar e também com a antecipação dos efeitos da tutela satisfativa, de modo que não só é possível assegurar o direito, como, por igual, satisfazê-lo ainda que provisoriamente. Segundo, porque a prioridade no processamento dessas demandas é igualmente possível, notadamente por força da abertura que é dada pelo normativo constitucional quando se refere aos meios que garantam a celeridade da tramitação.

REFERÊNCIAS

AARNIO, Aulis. **Lo racional como razonable**. Tradução de Ernesto Garzón Valdés. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1991.

AARNIO, Aulis. **Reglas y principios en el razonamiento jurídico**. 2000. Disponível em: <<http://ruc.udc.es/dspace/bitstream/2183/2070/1/AD-4-35.pdf>>. Acesso em: 5 out. 2012.

AARNIO, Aulis. Una única respuesta correcta? In: AARNIO, Aulis. **Bases Teóricas de la Interpretación Jurídica**. Madrid: Fundación Coloquio Jurídico Europeo, 2010. p.9-45.

ABBAGNANO, Nicola. **Dicionário de filosofia**. 5.ed. Tradução de Alfredo Bosi. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

ALEXY, Robert. **Teoria da argumentação jurídica**: a teoria do discurso racional como teoria da justificação jurídica. Tradução de Zilda Hutchinson Schild Silva. São Paulo: Landy, 2001.

ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008.

ALEXY, Robert. **Conceito e validade do direito**. Tradução de Gercélia Batista de Oliveira Mendes. São Paulo: Martins Fontes, 2009.

ALVIM, Arruda. **Manual de direito processual civil**. 11.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. v.1.

AMARAL, Francisco. **Direito civil**: introdução. 2.ed. Rio de Janeiro: Renovar, 1998.

ANDRADE, José Carlos Vieira de. **Os direitos fundamentais na constituição portuguesa de 1976**. Coimbra: Almedina, 1983.

ANDREWS, Neil. A suprema corte do Reino Unido: reflexões sobre o papel da mais alta Corte Britânica. **Revista de Processo – Repro**, São Paulo, v.35, n.186, p.299-312, 2010.

ARENHART, Sérgio Cruz. **A tutela inibitória da vida privada**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

ARIZA, Santiago Sastre. La ciencia jurídica ante el neoconstitucionalismo. In: CARBONELL, Miguel (Org.). **Neoconstitucionalismo(s)**. Madrid: Trotta, 2009. p.239-258.

ARMELIN, Donaldo. Tutela jurisdiccional diferenciada. **Revista de Processo – Repro**, São Paulo, v.17, n.65, p.45-54, 1992.

ATIENZA, Manuel. **El sentido del derecho**. 5.ed. Barcelona: Ariel, 2009.

ATIENZA, Manuel. Sobre la única respuesta correcta. In: AARNIO, Aulis. **Bases Teóricas de la Interpretación Jurídica**. Madrid: Fundación Coloquio Jurídico Europeo, 2010a. p.47-77.

ATIENZA, Manuel. **Interpretación Constitucional**. Bogotá: Universidad Libre, 2010b.

ATIENZA, Manuel; MANERO, Juan Ruiz. **Las piezas del derecho**: teoría de los enunciados jurídicos. 4.ed. Barcelona: Ariel, 2007.

ÁVILA, Ana Paula. **A modulação de efeitos temporais pelo STF no controle de constitucionalidade**: ponderação e regras de argumentação para a interpretação conforme à Constituição do art. 27 da Lei n.º 9.868/99. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.

ÁVILA, Humberto. O que é ‘devido processo legal’? **Revista de Processo**, v.33, n.163, p.50-59, set. 2008.

ÁVILA, Humberto. Neoconstitucionalismo: entre ciência do direito e direito da ciência. **Revista Eletrônica de Direito do Estado**, Salvador, n.17, jan./fev./mar. 2009. Disponível no site: <<http://www.direitodoestado.com.br/rede.asp>>. Acesso em: 15 mar. 2013.

ÁVILA, Humberto. **Teoria dos princípios**: da definição à aplicação dos princípios jurídicos. 12.ed. São Paulo: Malheiros, 2011.

ÁVILA, Humberto. **Segurança jurídica**: entre permanência, mudança e realização do direito tributário. 2.ed. São Paulo: Malheiros, 2012.

BACHOF, Otto. **Normas constitucionais inconstitucionais?** Tradução de José Manuel M. Cardoso da Costa. São Paulo: Almedina, 2009.

BARBERIS, Mauro. Neoconstitucionalismo, democracia e imperialismo de la moral. In: CARBONELL, Miguel (Org.). **Neoconstitucionalismo(s)**. Madrid: Trotta, 2009. p.259-278.

BARBI, Celso Agrícola. Evolução do controle da constitucionalidade das leis no Brasil. In: CLÈVE, Clèmerson Merlin; BARROSO, Luís Roberto (Org.). **Doutrinas essenciais do direito constitucional**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. v.5. p.87-101.

BARBOSA MOREIRA, José Carlos. A motivação das decisões judiciais como garantia inerente ao Estado de Direito. In: MOREIRA, José Carlos Barbosa. **Temas de direito processual**. 2.^a série. São Paulo: Saraiva, 1980. p.187-200.

BARBOSA MOREIRA, José Carlos. Efetividade do processo e técnica processual. In: MOREIRA, José Carlos Barbosa. **Temas de direito processual**. 6.^a série. São Paulo: Saraiva, 1997a. p.17-29.

BARBOSA MOREIRA, José Carlos. El Control Judicial De La Constitucionalidad De Las Leys En El Brasil: un bosquejo. In: MOREIRA, José Carlos Barbosa. **Temas de direito processual**. 6.^a série. São Paulo: Saraiva, 1997b. p.183-193.

BARBOSA MOREIRA, José Carlos. **Comentários ao código de processo civil**. 11.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2003. v.5.

BARCELLOS, Ana Paula. **Ponderação, racionalidade e atividade jurisdicional**. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.

BARCELLOS, Ana Paula. **A eficácia dos princípios constitucionais**. Rio de Janeiro: Renovar, 2011.

BARROS, Suzana de Toledo. **O princípio da proporcionalidade e o controle de constitucionalidade das leis restritivas de direitos fundamentais**. Brasília: Editora Brasília, 1996.

BARROSO, Luís Roberto. **O direito constitucional e a efetividade de suas normas**. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

BARROSO, Luís Roberto. Fundamentos teóricos e filosóficos do novo direito constitucional brasileiro (pós-modernidade, teoria crítica e pós-positivismo). In: BARROSO, Luís Roberto (Org.) **A nova interpretação constitucional**: ponderação, direitos fundamentais e relações privadas. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2008. p.1-48.

BARROSO, Luís Roberto. Vinte anos da constituição brasileira de 1988: o estado a que chegamos. In: AGRA, Walber de Moura. **Retrospectiva dos 20 anos da constituição federal**. São Paulo: Saraiva, 2009. p.27-63.

BARROSO, Luís Roberto. **Curso de direito constitucional contemporâneo**: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo. São Paulo: Saraiva, 2011a.

BARROSO, Luís Roberto. **O controle de constitucionalidade no direito brasileiro**. São Paulo: Saraiva, 2011b.

BASTOS, Celso Ribeiro. As normas programáticas na constituição de 1988. In: CLÈVE, Clèmerson Merlin; BARROSO, Luís Roberto (Org.). **Doutrinas essenciais do direito constitucional**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. v.1. p.807-824.

BAUR, Fritz. Da importância da dicção “iuria novit curia”. Tradução de Arruda Alvim. **Revista de Processo – Repro**, v.1, n.3, p.169-177, 1976.

BAYÓN, Juan Carlos. Derechos, democracia y Constitución. In: CARBONELL, Miguel (Org.). **Neoconstitucionalismo(s)**. Madrid: Trotta, 2009. p.211-238.

BEDAQUE, José Roberto dos Santos. **Direito e processo**: influência do direito material sobre o processo. 5.ed. São Paulo: Malheiros, 2009.

BENETI, Sidnei Agostinho. **Doutrina de precedentes e organização judiciária**. São Paulo: Atlas, 2007. v.246.

BERGEL, Jean-Louis. **Teoria geral do direito**. Tradução de Maria Ermantina de Almeida Prado Galvão. São Paulo: Martins Fontes, 2006.

BEVILÁQUA, Clóvis. **Código civil dos Estados Unidos do Brasil comentado**. Rio de Janeiro: Paulo de Azevedo, 1956. v.1.

BITTENCOURT, Carlos Alberto Lúcio. **O controle jurisdicional da constitucionalidade das leis**. Atualizado por José de Aguiar Dias. 2.ed. Brasília: Ministério da Justiça, 1997.

BOBBIO, Norberto. **El problema del positivismo jurídico**. Tradução de Ernesto Garzón Valdés. Buenos Aires: Editorial Universitaria de Buenos Aires, 1965.

BOBBIO, Norberto. **Teoria geral do direito**. Tradução de Denise Agostinetti. São Paulo: Martins Fontes, 2008.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. 11.ed. São Paulo: Malheiros, 2001.

BOURDIEU, Pierre. **Coisas ditas**. Tradução de Cássia R. da Silveira e Denise Moreno Pegorim. São Paulo: Brasiliense, 2004.

BRANCO, Paulo Gustavo Bonet; COELHO, Inocêncio Mártires; MENDES, Gilmar Ferreira. **Curso de direito constitucional**. 5.ed. São Paulo: Saraiva, 2010. p.307-373.

BRASIL. Lei n.º 9.756, de 17 de dezembro de 1998. Dispõe sobre o processamento de recursos no âmbito dos tribunais. **Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil**, Poder Legislativo, Brasília, DF, 17 dez. 1998. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9756.htm>. Acesso em: 6 out. 2012.

BRASIL. Lei n.º 9.868, de 10 de novembro de 1999. Dispõe sobre o exercício do direito de greve, define as atividades essenciais, regula o atendimento das necessidades inadiáveis da comunidade, e dá outras providências. **Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil**, Poder Legislativo, Brasília, DF, 10 nov. 1999. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9868.htm>. Acesso em: 6 out. 2012.

BRASIL. Lei n.º 9.882, de 3 de dezembro de 1999. Dispõe sobre o processo e julgamento da arguição de descumprimento de preceito fundamental, nos termos do § 1º do art. 102 da Constituição Federal. **Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil**, Poder Legislativo, Brasília, DF, 6 dez. 1999. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9882.htm>. Acesso em: 6 out. 2012

BRASIL. Lei n.º 11.418, de 19 de dezembro de 2006. Acrescenta à Lei n.º 5.869, de 11 de janeiro de 1973 - Código de Processo Civil, dispositivos que regulamentam o § 3.º do art. 102 da Constituição Federal. **Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil**, Poder Legislativo, Brasília, DF, 19 dez. 2006. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/lei/l11418.htm>. Acesso em: 6 out. 2012.

BRASIL. Lei n.º 12.322, de 9 de setembro de 2010. Transforma o agravo de instrumento interposto contra decisão que não admite recurso extraordinário ou especial em agravo nos próprios autos, alterando dispositivos da Lei n.º 5.869, de 11 de janeiro de 1973 - Código de Processo Civil. **Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil**, Poder Legislativo, Brasília, DF, 9 set. 2010. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2007-2010/2010/Lei/L12322.htm>. Acesso em: 6 out. 2012.

BROSSARD, Paulo. O Senado e as leis inconstitucionais. **Revista de Informação Legislativa**, v.13, n.50, p.55-56, 1976.

BUENO, Cássio Scarpinella. **Curso sistematizado de direito processual civil**. São Paulo: Saraiva, 2007. v.2.

BUSTAMANTE, Thomas da Rosa. **Teoria do precedente judicial**: a justificação e a aplicação de regras jurisprudenciais. São Paulo: Noeses, 2012.

BUSTAMANTE, Thomas da Rosa; SILVA, Denis Franco. "Prospective Overruling": como e por que ele deve ser aplicado? In: BUSTAMANTE, Thomas da Rosa. **Teoria do direito e decisão racional**: temas de teoria da argumentação jurídica. Rio de Janeiro: Renovar, 2008. p.405-416.

BUZAID, Alfredo. Nova conceituação do recurso extraordinário na constituição do Brasil. **Revista da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Paraná**, v.11, p.51-66, 1968.

CAENEGEM, R. C. van. **Uma introdução histórica ao direito constitucional ocidental**. Tradução de Alexandre Vaz Pereira. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2009.

CALAMANDREI, Piero. **La casación civil**. Traducción de Santiago Sentís Melendo. Buenos Aires: Editorial Bibliográfica Argentina, 1945. Tomo II.

CALAMANDREI, Piero. **Direito processual civil**. Tradução de Luiz Abezia e Sandra Drina Fernandez Barbary. Campinas: Bookseller, 1999. v.3.

CALLEJÓN, María Luisa Balaguer Callejón. **Interpretación de la constitución y ordenamento jurídico**. Madrid: Tecnos, 1997.

CAMPILONGO, Celso Fernandes. **Direito e diferenciação social**. São Paulo: Saraiva, 2011.

CANARIS, Claus-Wilhelm. **Pensamento sistemático e conceito de sistema na ciência do direito**. Tradução de António Menezes Cordeiro. 5.ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2012.

CANOTILHO, J. J. Gomes. A “principalização” da jurisprudência através da Constituição. **Revista de Processo**, São Paulo, v.98, p.83-89, 2000.

CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito constitucional e teoria da constituição**. 5.ed. Coimbra: Almedina, 2002.

CANOTILHO, J. J. Gomes. **Estudos sobre direitos fundamentais**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

CAPPELLETTI, Mauro. **O controle judicial de constitucionalidade das leis no direito comparado**. Tradução de Aroldo Plínio Gonçalves. Rev.: José Carlos Barbosa Moreira. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1992.

CAPPELLETTI, Mauro. **Juízes Legisladores?** Tradução de Carlos Alberto Álvaro de Oliveira. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1993.

CAPPELLETTI, Mauro. Constitucionalismo moderno e o papel do poder judiciário na sociedade contemporânea. In: CLÈVE, Clèmerson Merlin; BARROSO, Luís Roberto (Org.). **Doutrinas essenciais do direito constitucional**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. v. 4. p.929-939.

CARBONELL, Miguel. Nuevos tiempos para el constitucionalismo. In: CARBONELL, Miguel (Org.). **Neoconstitucionalismo(s)**. Madrid: Trotta, 2009.

CARBONELL, Miguel. El Neoconstitucionalismo: significado y niveles de análisis. In: CARBONELL, Miguel; JARAMILLO, Leonardo (Org.). **El Canon Neoconstitucional**. Madrid: Editorial Trotta, 2010. p.153-164.

CARDOZO, Benjamin N. **A natureza do processo judicial**. Tradução de Silvana Vieira. São Paulo: Martins Fontes, 2004a.

CARDOZO, Benjamin N. **Evolução do direito**. Tradução de Henrique de Carvalho. Belo Horizonte: Líder, 2004b.

CARVALHO, Paulo de Barros. **Direito tributário, linguagem e método**. 4.ed. São Paulo: Noeses, 2011.

CASTANHEIRA NEVES, A. **Metodologia jurídica**: problemas fundamentais. Coimbra: Coimbra Editora, 1993.

CASTILLO, Nicelo Alcalá Zamora y. **Estampas procesales de la literatura española**. Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa-América, 1961.

CHIOVENDA, Giuseppe. **Instituições de direito processual civil**. Tradução de Paolo Capitanio. Campinas: Bookseller, 1998. v.1.

CITTADINO, Gisele. **Pluralismo, direito e justiça distributiva**: elementos da filosofia constitucional contemporânea. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

CLÈVE, Clèmerson Merlin. **Temas de direito constitucional (e de teoria do direito)**. São Paulo: Acadêmica, 1993.

CLÈVE, Clèmerson Merlin. **A fiscalização abstrata de constitucionalidade no direito brasileiro**. 2.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

CLÈVE, Clèmerson Merlin; FREIRE, Alexandre Reis Siqueira. Algumas notas sobre colisão de direitos fundamentais. In: **Cadernos da Escola de Direito e Relações Internacionais das Faculdades do Brasil**. Curitiba: Faculdades do Brasil, 2002. p.29-42.

COMANDUCCI, Paolo. Formas de (neo)constitucionalismo: un análisis metateórico. In: CARBONELL, Miguel (Org.). **Neoconstitucionalismo(s)**. Madrid: Trotta, 2009. p.75-98.

COMOGLIO, Luigi Paolo; FERRI, Corrado; TARUFFO, Michele. **Lezioni sul processo civile**: il processo ordinario di cognizione. 4.ed. Bologna: il Mulino, 2006.

COMPARATO, Fábio Konder. **Ética, direito, moral e religião no mundo moderno**. São Paulo: Companhia das Letras, 2006.

COSTA, Pietro. **Soberania, representação, democracia**. Tradução de Ricardo Marcelo Costa Fonseca *et al.* Curitiba: Juruá, 2008.

COSTA, Pietro. Estado de direito e direitos do sujeito: o problema dessa relação na Europa moderna. In: FONSECA, Ricardo Marcelo; SEELAENDER, Ailton Cerqueira Leite (Org.). **História do direito em perspectiva**: do regime antigo à modernidade. Curitiba: Juruá, 2010. p.57-78.

COUTURE, Eduardo J. **Estudios de derecho procesal civil**. Tomo III. Buenos Aires: EDIAR Editores, 1950.

CUNHA, Alcides Munhoz da. **Comentários ao código de processo civil**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001. v.11.

CUNHA, Leonardo José Carneiro da. Anotações sobre o incidente de resolução de demandas repetitivas no projeto do novo CPC. In: DIDIER JR., Fredie; MOUTA, José Henrique; KLIPPEL, Rodrigo (Coord.). **O projeto do novo CPC**: estudos em homenagem ao Professor José de Albuquerque Rocha. Salvador: JusPodivm, 2011. p.269-292.

CUNHA, Sérgio Sérvulo. **Princípios constitucionais**. São Paulo: Saraiva, 2006.

DALLARI, Dalmo de Abreu. **A constituição na vida dos povos**: da idade média ao século XXI. São Paulo: Saraiva, 2010.

DAVID, René. **Os grandes sistemas do direito contemporâneo**. Tradução de Hermínio A. Carvalho. São Paulo: Martins Fontes, 1996.

DAVID, René. **O direito inglês**. Tradução de Eduardo Brandão. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

DELGADO, José Augusto. Lei inconstitucional. In: CLÈVE, Clèmerson Merlin; BARROSO, Luís Roberto (Org.). **Doutrinas essenciais do direito constitucional**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. v.5. p.403-413.

DIDIER JR., Fredie. A teoria dos princípios e o projeto do novo CPC. In: DIDIER JR., Fredie; MOUTA, José Henrique; KLIPPEL, Rodrigo (Coord.). **O projeto do novo código de processo civil**: estudos em homenagem ao Professor José de Albuquerque Rocha. Salvador: JusPodivm, 2011. p.145-152.

DIMOULIS, Dimitri; LUNARDI, Soraya. **Curso de processo constitucional**. São Paulo: Atlas, 2011.

DINAMARCO, Cândido Rangel. **A instrumentalidade do processo**. 5.ed. São Paulo: Malheiros, 1996.

DINAMARCO, Cândido Rangel. A função das cortes supremas na América Latina. In: DINAMARCO, Cândido Rangel. **Fundamentos do processo civil moderno**. 4.ed. São Paulo: Malheiros, 2001a. Tomo II. p.779-796.

DINAMARCO, Cândido Rangel. O dever de motivar. In: DINAMARCO, Cândido Rangel. **Fundamentos do processo civil moderno**. 4.ed. São Paulo: Malheiros, 2001b. p.1077-1080. Tomo II.

DINAMARCO, Cândido Rangel. O Relator, a jurisprudência e os recursos. In: DINAMARCO, Cândido Rangel. **Fundamentos do processo civil moderno**. 4.ed. São Paulo: Malheiros, 2001c. p.1090-1121. Tomo II.

DINAMARCO, Cândido Rangel. Efeito vinculante das decisões judiciais. In: DINAMARCO, Cândido Rangel. **Fundamentos do processo civil moderno**. 4.ed. São Paulo: Malheiros, 2001d. p.1122-1150. Tomo II.

DINAMARCO, Cândido Rangel. Reclamação no processo civil brasileiro. In: DINAMARCO, Cândido Rangel. **Nova era do processo civil**. São Paulo: Malheiros, 2004. p.195-206.

DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. Tradução de Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

DWORKIN, Ronald. **O império do direito**. Tradução de Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 2010.

ELY, John Hart. **Democracia e desconfiança**: uma teoria do controle judicial de constitucionalidade. Tradução de Juliana Lemos. São Paulo: Martins Fontes, 2010.

ENGISCH, Karl. **Introdução ao pensamento jurídico**. Tradução de J. Baptista Machado. 10.ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2008.

ENTERRÍA, Eduardo García. **La constitucion como norma y el tribunal constitucional**. Madrid: Civitas, 1991.

ENTERRÍA, Eduardo García. Hermeneutica e Supremacia Constitucional. In: CLÈVE, Clèmerson Merlin; BARROSO, Luís Roberto (Org.). **Doutrinas essenciais do direito constitucional**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. v.1. p.829-836.

ENTERRÍA, Eduardo García; FERNANDEZ, Tomás-Ramón. **Curso de direito administrativo**. Tradução de Arnaldo Setti. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1991.

FABRÍCIO, Adroaldo Furtado. Breves notas sobre provimentos antecipatórios, cautelares e liminares. In: MOREIRA, José Carlos Barbosa (Coord.). **Estudos de direito processual civil em memória de Luiz Machado Guimarães**. Rio de Janeiro: Forense, 1997. p.17-28.

FARALLI, Carla. **A filosofia contemporânea do direito**: temas e desafios. Tradução de Candice Premaor Gullo. São Paulo: Martins Fontes, 2006.

FAVOREU, Louis. **As cortes constitucionais**. Tradução de Dunia Marinho Silva. São Paulo: Landy, 2004.

FERRAJOLI, Luigi. Pasado y futuro del estado de derecho. In: CARBONELL, Miguel (Org.). **Neoconstitucionalismo(s)**. Madrid: Trotta, 2009. p.13-29.

FERRAJOLI, Luigi. **Direito e razão**: teoria do garantismo penal. 3.ed. Tradução de Ana Paula Zomer Sica *et al.* São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

FERRAZ JR., Tércio Sampaio. **Introdução ao estudo do direito**: técnica, decisão, dominação. 2.ed. São Paulo: Atlas, 1994.

FERRAZ, Anna Candida da Cunha; ALMEIDA, Fernanda Dias Menezes de. O constitucionalismo contemporâneo na recente jurisprudência do Supremo Tribunal Federal. In: CLÈVE. Clèmerson Merlin; BARROSO, Luís Roberto (Org.). **Doutrinas essenciais do direito constitucional**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. v.1. p.31-56.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Princípios fundamentais do direito constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2009.

FERREYRA, Raúl Gustavo. Sobre el término “derecho constitucional”. In: BAZÁN, Víctor (Coord.). **Defensa de la constitución**: garantismo y controles. Buenos Aires: Ediar, 2003. p.51-65.

FIGUEROA, Alfonso García. La teoría del derecho en tiempos del constitucionalismo. In: CARBONELL, Miguel (Org.). **Neoconstitucionalismo(s)**. Madrid: Trotta, 2009a. p.159-186.

FIGUEROA, Alfonso García. **Criaturas de la moralidad**: uma aproximación neoconstitucionalista al derecho através de los derechos. Madrid: Trotta, 2009b.

FIGUEROA, Alfonso García. Neoconstitucionalismo, derratabilidad Y Razón Práctica. In: CARBONELL, Miguel; JARAMILLO, Leonardo García (Org.). **El Canon Neoconstitucional**. Madrid: Trotta, 2010. p.185-207.

FINE, Toni M. **Introdução ao Sistema Jurídico Anglo-Americano**. Tradução de Eduardo Saldanha. São Paulo: Martins Fontes, 2011.

FREITAS, Juarez. O intérprete e o poder de dar vida à constituição: preceitos de exegese constitucional. In: GRAU, Eros Roberto; GUERRA FILHO, Willis Santiago (Org.). **Direito constitucional**: estudos em homenagem a Paulo Bonavides. São Paulo: Malheiros, 2001. p.226-248.

FUX, Luiz. O novo processo civil. In: FUX, Luiz. **O novo processo civil brasileiro**: direito em expectativa. Rio de Janeiro: Forense, 2011. p.1-24.

GARCIA, Dinio de Sanchis. Efeito vinculante dos julgados da corte suprema e dos tribunais superiores. **Revista dos Tribunais – RT**, v.85, n.734, p.40-47, 1996.

GARGARELLA, Roberto. El nacimiento del constitucionalismo popular. In: GARGARELLA, Roberto (Coord.). **Teoría y crítica del derecho constitucional**. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 2008a. Tomo I. p.249-262.

GARGARELLA, Roberto. Injertos y rechazos: radicalismo político y trasplantes constitucionales en América. In: GARGARELLA, Roberto (Coord.). **Teoría y crítica del derecho constitucional**. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 2008b. Tomo I. p.489-519.

GARGARELLA, Roberto. Um papel renovado para la corte suprema: democracia e interpretación judicial de la Constitución. In: GARGARELLA, Roberto (Coord.). **Teoría y crítica del derecho constitucional**. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 2008c. Tomo I. p.149-172.

GILISSEN, John. **Introdução histórica ao direito**. Tradução de A. M. Hespanha. 6.ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2011.

GONÇALVES, Aroldo Plínio. **Técnica processual e teoria do processo**. Rio de Janeiro: AIDE, 2001.

GRAU, Eros Roberto. **Ensaio e discurso sobre a interpretação/aplicação do direito**. 5.ed. São Paulo: Malheiros, 2009.

GRAU, Eros Roberto. **O direito posto e o direito pressuposto**. 8.ed. São Paulo: Malheiros, 2011.

GRINOVER, Ada Pellegrini; WATANABE, Kazuo; NERY JR., Nelson. **Código de Defesa do Consumidor**: processo coletivo. 10.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011. v.2.

GROSSI, Paolo. **El orden jurídico medieval**. Traducción de Francisco Tomás y Valiente y Clara Álvarez. Madrid: Marcial Pons, 1996.

GROSSI, Paolo. **Mitología jurídica de la modernidad**. Traducción de Manuel Martínez Neira. Madrid: Editorial Trotta, 2003.

GROSSI, Paolo. **História da propriedade e outros ensaios**. Tradução de Luiz Ernani Fritoli. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

GROSSI, Paolo. **Primeira lição sobre direito**. Tradução de Ricardo Marcelo Fonseca. Rio de Janeiro: Forense, 2008.

GUASTINI, Riccardo. **Il giudice e la legge**. Torino: G. Giappichelli editore, 1995.

GUASTINI, Riccardo. **Das fontes às normas**. Tradução de Heleno Taveira Tôrres. São Paulo: Quartier Latin, 2005.

GUASTINI, Riccardo. La constitucionalización del ordenamiento jurídico: el caso italiano. In: CARBONELL, Miguel (Org.). **Neoconstitucionalismo(s)**. Madrid: Trotta, 2009. p.49-73.

GUASTINI, Riccardo. **Interpretación, Estado y Constitución**. Tradução de Santiago Ortega Gomero. Lima: Ara, 2010.

GUERRA FILHO, Willis Santiago. Princípio da proporcionalidade e teoria do direito. In: GRAU, Eros Roberto; GUERRA FILHO, Willis Santiago (Org.). **Direito constitucional**: estudos em homenagem a Paulo Bonavides. São Paulo: Malheiros, 2001. p.268-283.

HÄBERLE, Peter. **Hermenêutica constitucional**: a sociedade aberta dos intérpretes da constituição – contribuição para a interpretação pluralista e ‘procedimental’ da constituição. Tradução de Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1997.

HÄBERLE, Peter. **Conversas acadêmicas com Peter Häberle**. Organização de Diego Valadés. São Paulo: Saraiva; IDP, 2009.

HABERMAS, Jürgen. **Direito e democracia**: entre facticidade e validade. Tradução de Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2010. v.1.

HART, Herbert. **O conceito de direito**. Tradução de Antônio de Oliveira Sette-Câmara. São Paulo: Martins Fontes, 2009.

HECK, Luís Afonso. **O Tribunal Constitucional Federal e o desenvolvimento dos princípios constitucionais**: contributo para uma compreensão da jurisdição constitucional federal alemã. 2.ed. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2012.

HESPANHA, António Manuel. **Cultura jurídica europeia**: síntese de um milénio. 3.ed. Lisboa: Publicações Europa-America, 2003.

HESPANHA, António Manuel. **O caleidoscópio do direito**: o direito e a justiça nos dias e no mundo de hoje. 2.ed. Coimbra: Almedina, 2009.

HESSE, Konrad. **A força normativa da constituição**. Tradução de Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1991.

HESSE, Konrad. **Elementos de direito constitucional da República Federativa da Alemanha**. Tradução de Luís Afonso Heck. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1998.

HOBBS, Thomas. **Leviatã ou matéria, forma e poder de um estado eclesiástico e civil**. Tradução de Rosina D'Angina. São Paulo: Martin Claret, 2009.

HORTA, Raul Machado. Permanência e mudança na constituição. In: CLÈVE, Clèmerson Merlin; BARROSO, Luís Roberto (Org.). **Doutrinas essenciais do direito constitucional**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. v.1. p.1121-1144.

KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito**. Tradução de João Baptista Machado. São Paulo: Martins Fontes, 1998.

KELSEN, Hans. **Jurisdição constitucional**. Tradução de Alexandre Krug. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

KELSEN, Hans. O fundamento da doutrina do direito natural. In: KELSEN, Hans. **Direito natural, direito positivo e direito discursivo**. Tradução de Luís Afonso Heck. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010. p.51-83.

LAPORTA, Francisco. **Entre el derecho y la moral**. México: Fontamara, 2000.

LARENZ, Karl. **Metodologia da ciência do direito**. Tradução de José Lamego. 2.ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1983.

LASSALE, Ferdinand. **A essência da Constituição**. Tradução de Aurélio Wander Bastos. 6.ed. Rio de Janeiro: Lemn Juris, 2001.

LEAL, Roger Stiefelmann. **O efeito vinculante na jurisdição constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2006.

LEONEL, Ricardo Barros. **Reclamação constitucional**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

LIEBMAN, Enrico Tulio. **Estudos sobre o processo civil brasileiro**. São Paulo: Saraiva, 1947.

LLOYD, Dennis. **A idéia de lei**. Tradução de Álvaro Cabral. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

LOEWENSTEIN, Karl. **Teoría de la Constitución**. Barcelona: Ariel, 1979.

LORENZETTI, Ricardo Luis. **Teoria da decisão judicial**. Tradução de Bruno Miragem. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

LOSANO, Mário G. **Os grandes sistemas jurídicos**. Tradução de Marcela Varejão. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

LÖWY, Michael. **Ideologias e ciência social: elementos para uma análise marxista**. 5.ed. São Paulo: Cortez, 1989.

MacCORMICK, Neil. **Argumentação jurídica e teoria do direito**. Tradução de Waldéa Barcellos. São Paulo: Martins Fontes, 2006.

MacCORMICK, Neil. **Retórica e o estado de direito**. Tradução de Conrado Hübner Mendes. Rio de Janeiro: Elsevier, 2008.

MacCORMICK, Neil. **H. L. A. Hart**. Tradução de Claudia Santana Martins. Rio de Janeiro: Elsevier, 2010.

MacCORMICK, Neil. Direito, interpretação e razoabilidade. In: MACEDO JR., Ronaldo Porto; BARBIERI, Catarina Helena Cortada (Org.). **Direito e interpretação: racionalidades e instituições**. São Paulo: Saraiva, 2011. p.31-43.

MAIA, Antonio Cavalcanti. As transformações dos sistemas jurídicos contemporâneos: apontamentos acerca do neoconstitucionalismo (Posfácio). In: MOREIRA, Eduardo Ribeiro. **Neoconstitucionalismo: a invasão da Constituição**. São Paulo: Método, 2008. p.207-234.

MAIA, Antonio Cavalcanti. Nos vinte anos da carta cidadã: do pós-positivismo ao neoconstitucionalismo. In: SARMENTO, Daniel *et al.* **Vinte anos da constituição federal de 1988**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009. p.117-167.

MANCUSO, Rodolfo de Camargo. **Divergência jurisprudencial e súmula vinculante**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

MANCUSO, Rodolfo de Camargo. **Recurso extraordinário e recurso especial**. 11.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

MANDRIOLI, Crisanto. **Corso di diritto processuale civile**. nozioni introduttive e disposizioni generali. 6.ed. Torino: G. Giappichelli Editore, 2008.

MARINONI, Luiz Guilherme. **Novas linhas do processo civil**. 4.ed. São Paulo: Malheiros, 2000.

MARINONI, Luiz Guilherme. **Técnica processual e tutela dos direitos**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

MARINONI, Luiz Guilherme. **Teoria geral do processo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

MARINONI, Luiz Guilherme. Aproximação crítica entre as jurisdições de *civil law* e de *common law* e a necessidade de respeito aos precedentes no Brasil. **Revista de Processo – Repro**, v.34, n.172, p.175-232, 2009.

MARINONI, Luiz Guilherme. **Precedentes obrigatórios**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. **Manual do processo de conhecimento**: a tutela jurisdicional através do processo de conhecimento. 2.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. **Repercussão geral no recurso extraordinário**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. **O projeto do CPC**: críticas e propostas. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

MARINONI, Luiz Guilherme; OJEDA, Raúl Núñez; RAGONE, Álvaro Pérez. **Fundamentos del proceso civil**: hacia una teoría de la adjudicación. Buenos Aires: AbeledoPerrot, 2010.

MARQUES, José Frederico. **Manual de direito processual civil**. Atualização de Vilson Rodrigues Alves. Campinas: Bookseller, 1997. v.2.

MARTINS-COSTA, Judith. **A boa-fé no direito privado**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

MATTOS, Sérgio Luís Wetzel de. **Devido processop legal e proteção de direitos**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.

MAXIMILIANO, Carlos. **Hermenêutica e aplicação do direito**. 20.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011.

MEDINA, José Miguel Garcia. **O prequestionamento nos recursos extraordinário e especial**: e outras questões relativas a sua admissibilidade e ao seu processamento. 4.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

MELLO, Marcos Bernardes. **Teoria do fato jurídico**. São Paulo: Saraiva, 1985.

MELLO, Oswaldo Aranha Bandeira de. **A teoria das constituições rígidas**. 2.ed. São Paulo: José Bushatsky, 1980.

MENDES, Conrado Hübner. Desempenho Deliberativo de Cortes Constitucionais e o STF. In: MACEDO Jr., Ronaldo Porto; BARBIERI, Catarina Helena Cortada (Org.). **Direito e interpretação**: racionalidades e instituições. São Paulo: Saraiva, 2011. p.337-361.

MENDES, Gilmar Ferreira. **Jurisdição constitucional**. São Paulo: Saraiva, 1996.

MENDES, Gilmar Ferreira. **Moreira Alves e o controle de constitucionalidade no Brasil**. São Paulo: Saraiva, 2004a.

MENDES, Gilmar Ferreira. O papel do Senado Federal no controle de constitucionalidade: um caso clássico de mutação constitucional. **Revista de Direito Público**, n.4, p.5-31, 2004b.

MENDES, Gilmar Ferreira. **Arguição de descumprimento de preceito fundamental**. São Paulo: Saraiva, 2011.

MENDES, Gilmar Ferreira *et al.* **Hermenêutica constitucional e direitos Fundamentais**. Brasília: Brasília Jurídica, 2000.

MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Bonet. **Curso de direito constitucional**. 5.ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

MENEZES CORDEIRO, António Manuel da Rocha e. **Da boa fé no direito civil**. Coimbra: Almedina, 1997.

MENEZES CORDEIRO, António Manuel da Rocha e Menezes. Prefácio. In: CANARIS, Claus-Wilhelm. **Pensamento sistemático e conceito de sistema na ciência do direito**. Tradução de António Menezes Cordeiro. 5.ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2012. p.ix-cxiv.

MICHELON, Cláudio. Princípios e coerência na argumentação jurídica. In: MACEDO JR., Ronaldo Porto; BARBIERI, Catarina Helena Cortada (Org.). **Direito e Interpretação**: racionalidades e instituições. São Paulo: Saraiva, 2011. p.261-285.

MIRANDA, Jorge. **Manual de direito constitucional**: constituição e inconstitucionalidade. 3.ed. Coimbra: Coimbra Editora, 1996. Tomo II.

MIRANDA, Jorge. **Teoria do estado e da constituição**. Rio de Janeiro: Forense, 2002.

MITIDIERO, Daniel. **Processo civil e estado constitucional**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

MITIDIERO, Daniel. **Colaboração no processo civil**. 2.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011a.

MITIDIERO, Daniel. Colaboração no processo civil como *prêt-à-porter*? Um convite ao diálogo para Lenio Streck. **Revista de Processo – Repro**, v.36, n.194, p.55-68, 2011b.

MITIDIERO, Daniel. Fundamentação e precedente: dois discursos a partir da decisão judicial. **Revista de Processo – Repro**, v.37, n.206, p.61-78, 2012.

MÖLLER, Max. **Teoria geral do neoconstitucionalismo**: bases teóricas do constitucionalismo contemporâneo. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011.

MORAES, Alexandre de. **Direito constitucional**. 23.ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

MOREIRA, Eduardo Ribeiro. **Neoconstitucionalismo**: a invasão da constituição. São Paulo: Método, 2008.

MOREIRA ALVES, José Carlos. A evolução do controle da constitucionalidade no Brasil. In: TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo. **As garantias do cidadão na justiça**. São Paulo: Saraiva, 1993. p.1-14.

MORENTE, Manuel Garcia. **Fundamentos de Filosofia**. Tradução de Guillermo de la Cruz Coronado. São Paulo: Mestre Jou, 1943.

MÜLLER, Friedrich. **O novo paradigma do direito**: introdução à teoria e metódica estruturantes. Tradução de Ana Paula Barbosa-Fohrmann *et al.* 2.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

NERY JR., Nelson. **Código de processo civil comentado e legislação extravagante**. 8.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

NERY JR., Nelson. **Princípios do processo na constituição federal**. 10.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

NEVES, Marcelo. **A constitucionalização simbólica**. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

NEVES, Marcelo. **Entre Hidra e Hércules**: princípios e regras constitucionais como diferença paradoxal do sistema jurídico. Brasília: UNB, 2010.

NINO, Carlos Santiago. **La constitucion de la democracia deliberativa**. Barcelona: Gedisa, 1997.

NINO, Carlos Santiago. **La validez del derecho**. Buenos Aires: Astrea, 2006.

OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de. **Do formalismo no processo civil**. São Paulo: Saraiva, 1997.

OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de. Os direitos fundamentais à efetividade e à segurança em perspectiva dinâmica. **Revista de Processo – Repro**, v.33, n.155, p.12-26, 2008.

OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de. Escopo jurídico do processo. **Revista de Processo – Repro**, v.37, n.203, p.305-317, 2012.

OLIVEIRA, Rafael Tomaz de. **Decisão judicial e o conceito de princípio**: a hermenêutica e a (in)determinação do direito. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.

OST, François. **Contar a lei**: as fontes do imaginário jurídico. Tradução de Paulo Neves. Porto Alegre: Editora Unisinos, 2005.

OTEIZA, Eduardo. A função das Cortes Supremas na América Latina. In: CLÈVE, Clèmerson Merlin; BARROSO, Luís Roberto (Org.). **Doutrinas essenciais do direito constitucional**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. v.1. p.1175-1221.

PACHECO, José da Silva. **O mandado de segurança e outras ações constitucionais típicas**. 2.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1991.

PERELMAN, Chäim. **Ética e direito**. Tradução de Maria Ermantina de Almeida Prado Galvão. São Paulo: Martins Fontes, 2005.

PERELMAN, Chäim; OLBRECHTS-TYTECA, Lucie. **Tratado da argumentação: a nova retórica**. Tradução de Maria Ermantina Galvão. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

PICARDI, Nicola. **Jurisdição e processo**. Tradução de Carlos Alberto Alvaro de Oliveira. Rio de Janeiro: Forense, 2008.

PINTO, Nelson Luiz. **Código de processo civil interpretado**. São Paulo: Atlas, 2004.

PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. **Tratado das ações**. Atualização de Vilson Rodrigues Alves. Campinas: Bookseller, 1998. Tomo I.

PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. **Tratado de direito privado**. Campinas: Bookseller, 1999. Tomo I.

POPPER, Karl R. **A sociedade aberta e seus inimigos**. Tradução de Milton Amado. São Paulo: E Itatiaia, 1998. Tomo 2.

PORTO, Sérgio Gilberto. **Comentários ao código de processo civil: do processo de conhecimento**. Arts. 444 a 495. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000. v.6.

POSNER, Richard A. Posner. **Problemas de filosofia do direito**. Tradução de Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

POZZOLO, Susanna. Un constitucionalismo ambiguo. In: **Neoconstitucionalismo(s)**. CARBONELL, Miguel (Org.). Madrid: Editorial Trotta, 2009. p.187-210.

QUEIROZ, Cristina. **Interpretação constitucional e poder judicial: sobre a epistemologia da construção constitucional**. Coimbra: Coimbra Editora, 2000.

QUEIROZ, Cristina. **Direito constitucional: as instituições do estado democrático e constitucional**. São Paulo: Revista dos Tribunais; Coimbra: Coimbra Editora, 2009.

RADBRUCH, Gustav. **Filosofia do direito**. 6.ed. Tradução de L. Cabral de Moncada. Coimbra: Armênio Amado Editor, 1979.

RADBRUCH, Gustav. **Introdução à ciência do direito**. Tradução de Vera Barkow. São Paulo: Martins Fontes, 1999.

RAMIRES, Maurício. **Crítica à aplicação de precedentes no direito brasileiro**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.

RAMOS, Elival da Silva. **Ativismo judicial**: parâmetros dogmáticos. São Paulo: Saraiva, 2010a.

RAMOS, Elival da Silva. **Controle de constitucionalidade no Brasil**. São Paulo: Saraiva, 2010b.

RÁO, Vicente. **O direito e a vida dos direitos**. 5.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

RAWLS, John. **O liberalismo político**. Tradução de Álvaro de Vita. São Paulo: Martins Fontes, 2011.

RE, Edward D. *Stare Decisis*. Tradução de Ellen Gracie Northfleet. **Revista de Processo**, v.19, n.73, p.47-54, 1994.

REAL, Alberto Ramón. Los métodos de interpretación constitucional. In: CLÈVE, Clèmerson Merlin; BARROSO, Luís Roberto (Org.). **Doutrinas essenciais do direito constitucional**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. v.1. p.753-764.

REALE, Miguel. **Lições preliminares de direito**. 25.ed. São Paulo: Saraiva, 2001.

ROCHA, José de Moura. **Súmula vinculante e democracia**. São Paulo: Atlas, 2009.

ROMANO, Santi. **O ordenamento jurídico**. Tradução de Arno Dal Ri Júnior. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2008.

ROTHENBURG, Walter Claudius. Arguição de descumprimento de preceito fundamental. In: TAVARES, André Ramos; ROTHENBURG, Walter Claudius (Org.). **Arguição de descumprimento de preceito fundamental à luz da Lei n.º 9.882/99**. São Paulo: Atlas, 2001. p.198-236.

RUF, Pablo López. Los Principios y la Interpretación en la función Judicial. In: RUF, Pablo López. **Interpretación y Argumentación Jurídica**: problemas y perspectivas actuales. Buenos Aires: Marcial Pons Argentina, 2011. p.273-297.

SAGER, G. Lawrence. **Juez y democracia**: una teoría de la práctica constitucional norteamericana. Madrid: Marcial Pons, 2007.

SAGÜÉS, Nestor Pedro. **La interpretación judicial de la constitución**. Buenos Aires: LexisNexis, 2006.

SAMPAIO, Nelson de Souza. O Supremo Tribunal Federal e a nova fisionomia do judiciário. **Revista de Direito Público**, v.18, n.75, p.5-20, 1985.

SANCHÍS, Luis Pietro. Neoconstitucionalismo y ponderación judicial. In: CARBONELL, Miguel (Org.). **Neoconstitucionalismo(s)**. Madrid: Trotta, 2009. p.123-158.

SANDEL, Michael J. **Justiça**: o que é fazer a coisa certa. Tradução de Heloísa Matias e Maria Alice Máximo. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2011.

SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. **Curso de direito constitucional**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.

SARMENTO, Daniel. Apontamentos sobre a arguição de descumprimento de preceito fundamental. In: TAVARES, André Ramos; ROTHENBURG, Walter Claudius (Org.). **Arguição de descumprimento de preceito fundamental à luz da Lei n.º 9.882/99**. São Paulo: Atlas, 2001. p.85-108.

SARMENTO, Daniel. **Por um constitucionalismo inclusivo**: história constitucional brasileira, teoria da Constituição e direitos fundamentais. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

SARMENTO, Daniel; SOUZA NETO, Cláudio Pereira de. **Direito constitucional**: teoria, história e métodos de trabalho. Belo Horizonte, Fórum, 2013.

SCHIER, Paulo Ricardo. **Filtragem constitucional**: construindo uma nova dogmática jurídica. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1999.

SCHMITT, Carl. **O guardião da constituição**. Tradução de Geraldo de Carvalho. Belo Horizonte: Del Rey, 2007.

SILVA, José Afonso. **Aplicabilidade das normas constitucionais**. 3.ed. São Paulo: Malheiros, 1998.

SILVA, José Afonso. **Curso de direito constitucional positivo**. 19.ed. São Paulo: Malheiros, 2001.

SILVA, Ovídio Baptista da. **Sentença e coisa julgada**. 3.ed. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1995.

SILVA, Ovídio Baptista da. **Jurisdição e execução na tradição romano-canônica**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1996.

SILVA, Ovídio Baptista da. **Processo e ideologia**: o paradigma racionalista. 2.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2006.

SILVA, Ovídio Baptista da. **Curso de processo civil**. 4.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2007. v.2.

SILVA, Paulo Napoleão Nogueira da. **A evolução do controle da constitucionalidade e a competência do senado federal**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1992.

SILVA, Virgílio Afonso da. O proporcional e o razoável. **Revista dos Tribunais**, v.91, v.798, p.23-50, 2002.

SILVA, Virgílio Afonso da. **Direitos fundamentais**: conteúdo essencial, restrições e eficácia. 2.ed. São Paulo: Malheiros, 2010.

SILVA, Virgílio Afonso da. Ponderação e objetividade na interpretação constitucional. In: MACEDO JR., Ronaldo Porto; BARBIERI, Catarina Helena Cortada (Org.). **Direito e interpretação**: racionalidades e instituições. São Paulo: Saraiva, 2011. p.363-380.

SORIANO, Leonor Moral. **El precedente judicial**. Madrid: Marcial Pons, 2002.

STOLLEIS, Michael. O perfil do juiz na tradição europeia. In: HOMEM, António Pedro Barbas *et al.* (Coord.). **O perfil do juiz na tradição ocidental**. Coimbra: Almedina, 2007. p.21-34.

STRECK, Lenio Luiz. **Verdade e consenso**: constituição, hermenêutica e teorias discursivas. 4.ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

STRECK, Lenio Luiz; MOTTA, Francisco José Borges. Um debate com (e sobre) o formalismo-valorativo de Daniel Mitidiero, ou “Colaboração no processo civil” é um princípio? **Revista de Processo – Repro**, v.37, n.213, p.13-34, 2012.

SUNDFELD, Carlos Ari. **Fundamentos de direito público**. 4.ed. São Paulo: Malheiros, 2003.

SUNDFELD, Carlos Ari. O direito administrativo entre os clips e os negócios. **Revista de Direito Público da Economia – RDPE**, Belo Horizonte, v.5, n.18, p.33-39, 2007.

SUNDFELD, Carlos Ari. Princípio é preguiça? In: MACEDO Jr., Ronaldo Porto; BARBIERI, Catarina Helena Cortada (Org.). **Direito e interpretação**: racionalidades e instituições. São Paulo: Saraiva, 2011. p.287-305.

TARELLO, Giovanni. **Storia della cultura giuridica moderna**: assolutismo e codificazione del diritto. Bologna: Società editrice il Mulino, 1976.

TARELLO, Giovanni. **L'interpretazione della legge**. Milano: Dott. A. Giuffrè Editore, 1980.

TARUFFO, Michele. **Senso comum, experiência e ciência no raciocínio do juiz**. Tradução de Cândido Rangel Dinamarco. Curitiba: Edição do IBEJ, 2001.

TARUFFO, Michele. Observações sobre os modelos processuais de *civil law* e de *commow law*. **Revista de Processo – Repro**, v.28, n.110, p.141-158, 2003.

TARUFFO, Michele. Il controllo di razionalità della decisione fra lógica, retórica e dialettica. **Revista de Processo – Repro**, v.32, n.143, p.65-77, 2007a.

TARUFFO, Michele. Considerazioni su prova e motivazione. **Revista de Processo – Repro**, v.32, n.151, p.229-240, 2007b.

TARUFFO, Michele. **La prueba**. Traducción de Laura Manríquez y Jordi Ferrer Beltrán. Madrid: Marcial Pons, 2008.

TARUFFO, Michele. **La motivación de la sentencia civil**. Traducción de Lorenzo Córdova Vianello. Madrid: Editorial Trotta, 2011a.

TARUFFO, Michele. Precedente e jurisprudência. **Revista de Processo – Repro**, v.36, n.199, p.139-155, 2011b.

TAVARES, André Ramos. **Tratado da arguição de descumprimento de preceito fundamental**. São Paulo: Saraiva, 2001.

TAVARES, André Ramos. **Curso de direito constitucional**. 2.ed. São Paulo: Saraiva, 2003.

TAVARES, André Ramos. A categoria dos preceitos fundamentais na constituição brasileira. In: CLÈVE, Clèmerson Merlin; BARROSO, Luís Roberto (Org.). **Doutrinas essenciais do direito constitucional**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011a. v.1. p.607-639.

TAVARES, André Ramos. O modelo brasileiro de controle difuso-concreto da constitucionalidade das leis e a função do senado federal. In: CLÈVE, Clèmerson Merlin; BARROSO, Luís Roberto (Org.). **Doutrinas essenciais do direito constitucional**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011b. v.5. p.545-572.

TEIXEIRA, Guilherme Freire de Barros. **O princípio da eventualidade no processo civil**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

TEIXEIRA, Guilherme Freire de Barros. **Teoria do princípio da fungibilidade**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

THEODORO JR., Humberto. **Curso de direito processual civil**. 38.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2002. v.1.

THEODORO JR., Humberto; NUNES, Dierle; BAHIA, Alexandre. Litigiosidade em massa e repercussão geral no recurso extraordinário. **Revista de Processo – Repro**, v.34, n.177, p.9-46, 2009.

THEODORO JR., Humberto; NUNES, Dierle; BAHIA, Alexandre. Breves considerações sobre a politização do judiciário e sobre o panorama de aplicação no direito brasileiro: análise da convergência entre o *civil law* e o *commow law* e dos problemas da padronização decisória. In: CLÈVE, Clèmerson Merlin; BARROSO, Luís Roberto (Org.). **Doutrinas essenciais do direito constitucional**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. v.5. p.731-771.

TOLEDO, Suzana de Barros. **O princípio da proporcionalidade e o controle de constitucionalidade das leis restritivas de direitos fundamentais**. Brasília: Brasília Jurídica, 1996.

TRIBE, Laurence; DORF, Michael. **Hermenêutica constitucional**. Belo Horizonte: Del Rey, 2007.

TROPER, Michel. **A filosofia do direito**. Tradução Ana Deiró. São Paulo: Martins Fontes, 2008.

TUCCI, José Rogério Cruz e. **A causa petendi no processo civil**. 2.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

TUCCI, José Rogério Cruz e. **Precedente judicial como fonte do direito**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

VALE, André Rufino do. **Estrutura das normas de direitos fundamentais**: repensando a distinção entre regras, princípios e valores. São Paulo: Saraiva, 2009.

VELLOSO, Carlos Mário da Silva. Da jurisdição constitucional: aspectos inovadores no controle concentrado de constitucionalidade. In: CALMON, Eliana; BULOS, Uadi Lammêgo (Coord.). **Direito processual**: inovações e perspectivas. São Paulo: Saraiva, 2003. p.167-187.

VERDÙ, Pablo Lucas. **O sentimento constitucional**: aproximação ao estudo do sentir constitucional como modo de integração política. Tradução de Agassiz Almeida Filho. Rio de Janeiro: Forense, 2006.

VIGO, Rodolfo Luis. **Interpretação jurídica**: do modelo juspositivista-legalista do século XIX às nossas perspectivas. Tradução de Susana Elena Dalle Mura. 2.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

VIGO, Rodolfo Luis. Argumentación Constitucional. In: CABRERA, Carlos Alarcón; VIGO, Rodolfo Luis (Coord.). **Interpretación y Argumentación Jurídica**: problemas y perspectivas actuales. Buenos Aires: Asociación Argentina de Filosofía del Derecho; Madrid: Sociedad Española de Filosofía Jurídica y Política; Barcelona: Marcial Pons, 2011. p.463-491.

VILANOVA, Lourival. **As estruturas lógicas e o sistema de direito positivo**. 4.ed. São Paulo: Noeses, 2010.

VILLEY, Michel. **O direito e os direitos humanos**. Tradução de Maria Ermantina de Almeida Prado Galvão. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

VILLEY, Michel. **A formação do pensamento jurídico moderno**. Tradução de Claudia Berliner. São Paulo: Martins Fontes, 2009.

WALDRON, Jeremy. **A dignidade da legislação**. Tradução de Luís Carlos Borges. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

WALDRON, Jeremy. **Derecho y desacuerdos**. Tradução de José Luis Martí y Águeda Quiroga. Madrid: Marcial Pons, 2005.

WAMBIER, Tereza Arruda Alvim. **Recurso especial, recurso extraordinário e ação rescisória**. 2.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

WAMBIER, Tereza Arruda Alvim. Estabilidade e adaptabilidade como objetivos do direito: *civil law e commow law*. **Revista de Processo – Repro**, v.34, n.172, p.121-174, 2009.

WAMBIER, Tereza Arruda Alvim; WAMBIER, Luiz Rodrigues; MEDINA, José Miguel. **Breves comentários à nova sistemática processual civil**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006. v.2.

WATANABE, Kazuo. Tutela antecipatória e tutela específica das obrigações de fazer e não fazer (arts. 273 e 461 do CPC). In: TEIXEIRA, Sálvio Figueiredo (Coord.). **Reforma do código de processo civil**. São Paulo: Saraiva, 1996. p.19-51.

WATANABE, Kazuo. **Da cognição no processo civil**. 2.ed. São Paulo: Bookseller, 2000.

WIEACKER, Franz. **História do direito privado moderno**. Tradução de A. M. Botelho Hespanha. 4.ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1967.

WRÓBLEWSKI, Jerzy. **Constitución y teoría general de la interpretación jurídica**. Madrid: Editorial Civitas, 1988.

ZAGREBELSKY, Gustavo. **Il diritto mite**. Torino: Einaudi, 1992.

ZAGREBELSKY, Gustavo. **Principios y votos**. Tradução de Manuel Martínez Neira. Madrid: Trotta, 2008.

ZAVASCKI, Teori Albino. **Eficácia das sentenças na jurisdição constitucional**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

ZIPPELIUS, Reinhold. **Filosofia do direito**. Tradução de António Franco e António Francisco de Sousa. São Paulo: Saraiva, 2012.